

“LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS DE CONSUMO EN EL ÁMBITO TURÍSTICO”

PROF. DR. ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ¹

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Resumen

Las técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos están popularizándose en los últimos años en diferentes sectores como mecanismos eficaces a la hora de ofrecer una solución económica, rápida y flexible a los problemas de los particulares y, al mismo tiempo, como forma de descargar de trabajo a Jueces y Tribunales. A lo largo de este estudio se expone el régimen jurídico de estos mecanismos, con especial referencia a la mediación, tanto en el ámbito europeo como interno, y centrando el objeto de análisis en los mecanismos de protección de los consumidores y usuarios. Partiendo de esta base, se examinan las circunstancias y problemática particular del sector turístico y se realizan algunas propuestas de mejora en relación a los instrumentos de mediación a disposición del turista para la defensa de sus derechos como consumidor.

Palabras clave: Directiva ADR, Reglamento ODR, mediación, técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos, consumidores y usuarios, consumidor visitante, turista, entidades de resolución alternativa, Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo.

Abstract

Alternative dispute resolution techniques have become popular in recent years in different sectors as efficient mechanisms to provide an inexpensive, fast and flexible solution to the problems of individuals and, at the same time, as a way to reduce workload of Judges and Courts. Throughout this study is presented the legal regime of these mechanisms, with special reference to mediation, both at the European and internal levels, and focusing the object of analysis on the mechanisms of protection of consumers and users. From this basis, the study examines the circumstances and particular problems of the tourism sector and make some improvement proposals on the mediation instruments available to the tourist for the defense of their rights as a consumer.

Keywords: ADR Directive, ODR Regulation, mediation, consumers and users, tourists, alternative resolution entities.

¹ aroman2@us.es

1. Las técnicas de resolución extrajudicial de conflictos entre particulares. La mediación en los conflictos de consumo.

Las técnicas de resolución extrajudicial de conflictos entre particulares tienen como elemento común el prescindir de la vía jurisdiccional a la hora de tratar de solucionar un conflicto, recurriendo a mecanismos ajenos a la estructura judicial. A nivel internacional esta técnicas se encuentran englobadas en el concepto global de *Alternative Dispute Resolution* (ADR)². A nivel europeo, algunos documentos comunitarios han utilizado el concepto *Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos* (MASC)³. Dentro de las variadas técnicas de resolución extrajudicial de conflictos entre particulares se puede diferenciar entre las técnicas *autocompositivas*, en el que las partes en conflicto van a tratar de llegar a una solución pactada entre ellas, siendo el tercero un mero *facilitador* de los acuerdos alcanzados entre las partes; y las técnicas *heterocompositivas*, en las que un tercero impone una solución a las partes en conflicto. Son técnicas de naturaleza autocompositiva la *conciliación* y la *mediación*, y heterocompositivas el *arbitraje*. De forma sintética, se pueden diferenciar las figuras de la conciliación, la mediación y el arbitraje en función de la posición que ostenta el tercero con respecto a las partes en conflicto y la vinculatoriedad de la solución alcanzada. Así, en la conciliación el tercero –*conciliador*– propone a las partes una solución al conflicto, que éstas pueden asumir voluntariamente o rechazar. En la mediación el tercero –*mediador*– facilita el entendimiento entre las partes en conflicto, pero no propone ninguna solución, siendo éstas las que voluntariamente llegan, o no, a una acuerdo que ponga fin al conflicto⁴. Por último, en el arbitraje el tercero –*árbitro*– impone una solución a las partes –*laudo arbitral*–, que éstas deben acatar obligatoriamente.

El concepto de mediación tiene su origen en la figura latina del *proxeneta* o *mediador*⁵, denominada comúnmente a partir de la Edad Media como *corredor*⁶. Se trata,

² Para conocer el origen de estas técnicas en el ámbito anglosajón *vid.* LIEBERMAN, J. K. y HENRY, J. F., “Lessons from the Alternative Dispute Resolution movement” en *University of Chicago Law Review*, nº 53, Issue 2, 1986, págs. 424 a 239; o BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A. e Italia”, en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº correspondiente a 1998, págs. 55 a 88.

³ Por todos, el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (COM/2002/0196 final).

⁴ La *transacción* es un contrato definido en el artículo 1.089 del Código Civil como aquél “[...] *por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado*”. Para CALLEJO RODRÍGUEZ y MATUD JURISTO no se trataría de otra modalidad de resolución extrajudicial de conflictos entre particulares, sino que vendría a ser el “*resultado positivo de la mediación*”, en el sentido de que “*la transacción se traduce en un acuerdo de voluntades por el que se compone la controversia entre las partes*”. Para estos autores “[p]uede decirse que la mediación tiene como finalidad que las partes resuelvan el litigio por medio de una transacción o acuerdo de intereses. Por lo que entendemos, que la “*culminación natural de toda mediación es el contrato de transacción*”. En consecuencia, la relación entre mediación y transacción es puramente instrumental. La primera se presenta como medio idóneo para alcanzar la segunda”. CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dir.) et al, Netbiblo, 2010, pág. 124. En el mismo sentido, LANDETE CASAS, J., “Aspectos generales sobre la mediación y el mediador”, en la *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 2, mayo-agosto, 1999.

⁵ *Vid.* el *Digesto* de Justiniano (Libro 50, Título 14 “*De proxenetis*”).

⁶ *Vid. ad exemplum* las *Ordenanzas de lonja y oreja* (Barcelona, 1271) o el *Código de las Costumbres de Tortosa* (1279).

pues, una institución con profunda raigambre en el Derecho español⁷. Sin embargo, es preciso diferenciar entre el contrato privado y atípico de *mediación* o *corretaje*, propio del ámbito mercantil, y el instrumento de resolución extrajudicial de conflictos objeto del presente estudio. En el primero una persona –*comitente* u *oferente*– encarga a otro –*corredor* o *mediador*– que le informe de la ocasión u oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero –*mediatario*– o que le sirva de intermediario en esta conclusión, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización a cambio de una retribución –*prima* o *comisión*–. Por lo que respecta a la mediación como mecanismo para la resolución de controversias entre particulares puede definirse como el “*procedimiento en el que interviene un tercero profesional, llamado mediador [...], que asiste, informa y orienta a las partes de un conflicto para que negocien un acuerdo que lo resuelva de forma justa, viable y mutuamente asumida*”⁸. Y en cuanto a la figura del *mediador*, ésta puede definirse como todo tercero que, siendo “[...] *imparcial en el proceso, deberá ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de ellas*” ni “*imponer soluciones o medidas concretas*”⁹.

Como señala ORDEÑANA GEZURAGA, uno de los conflictos más frecuentes en la sociedad *moderna, capitalista y de consumo en masa*, es el de consumo¹⁰. Uno de los principales generadores de conflictividad en materia de consumo es la denominada “*contratación en masa*”, que se realiza a través de los “*contratos de adhesión*”, en los que los términos del acuerdo de voluntades están prefijados por el comerciante y el consumidor únicamente puede aceptarlos –*adherirse* al contrato– o no. Esta merma del principio de autonomía de la voluntad se origina por la desigualdad manifiesta existente entre las partes del contrato, existiendo una parte *fuerte* –el comerciante, normalmente una empresa de gran tamaño y ámbito internacional– y una *débil* –el consumidor *adherente*–. Esta desigualdad en las posición o fuerza de las partes puede ocasionar abusos por parte del comerciante, abusos que si bien pueden existir en cualquier contrato de consumo, son más evidentes y habituales en la contratación en masa, lo que genera una reacción del legislador que instituye mecanismos extraordinarios de defensa de los consumidores, corrigiendo la posición de desigualdad existente a favor de éstos (*discriminación positiva o desequilibrio equitativo*).

Es precisamente en el ámbito de los conflictos de consumo en los que quedan más patentes los acostumbrados inconvenientes que presenta el mecanismo tradicional de resolución de conflictos en la vía jurisdiccional: la *desproporción* entre el valor económico

⁷ Sobre el origen y desarrollo histórico de la figura del mediador *vid.* GARCÍA GÉRBOLES, L. y MUESMANN, M., “El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho romano hasta la actualidad”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro...Op.cit.*, págs. 23 a 34.

⁸ RUIZ RICO Y RUIZ MORÓN, J., y OROZCO PARDO, G., “La mediación familiar en el Derecho español. Especial referencia a la Ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero”, en la *Revista Mediara. Mediación y arbitraje en Andalucía*, nº 1, 2012, pág. 2. De forma muy parecida MOORE definió la medicación como la “*intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable*”. MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, 1995, pág. 43.

⁹ Definición tomada a partir del artículo 8 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, *reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía*.

¹⁰ ORDEÑANA GERUZAGA, I., “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, en *Diario La Ley*, nº 7.420, Sección doctrina, 9 de junio de 2010, pág. 1.

del asunto y el coste de la solución judicial¹¹; incluyendo en el “coste” de la solución judicial no solamente aspectos de naturaleza económica, sino también costes *temporales*, derivados de los retrasos en la solución del conflicto causados por el colapso de los órganos judiciales y de las formalidades del proceso judicial. En cualquier caso, debe tenerse muy presente que los motivos del consumidor para acudir a los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos (ahorro, rapidez, flexibilidad, privacidad, etc.) pueden no coincidir con el objetivo que persigue el legislador a través de su impulso (descarga de los tribunales o de la propia Administración), lo que en ocasiones genera ciertas incongruencias en la regulación jurídica de tales mecanismos en los Ordenamientos Jurídicos nacionales, como habrá ocasión de comprobar en las páginas siguientes.

2. Los conflictos de consumo en el ámbito del turismo. El turista como consumidor visitante.

El turista es un consumidor “privilegiado”, *mimado* por el legislador español en atención a la importancia que esta actividad posee para la economía nacional. Así, al conjunto de derechos que lo protegen como consumidor, recogidos en la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios, se le adicionan otros previstos en la legislación turística de ámbito autonómico¹². El turista es, pues, al mismo tiempo, consumidor y turista, y parte de idéntica posición de desigualdad con respecto al comerciante, pero acentuada precisamente por su carácter turístico. Así, el turista es susceptible de sufrir los abusos habituales de la contratación en masa, como las *cláusulas abusivas*. También es susceptible de sufrir los inconvenientes de la contratación *a distancia*, generalmente realizada a través de Internet (falta de correspondencia entre el producto contratado y el recibido, dificultades para su devolución y/o reparación, deficiente servicio técnico, etc.). En el ámbito turístico la contratación en masa es la regla general, con excepciones que podrían calificarse de anecdóticas, además de que, por su propia naturaleza, la contratación de los servicios turísticos se realizan casi exclusivamente *a distancia*, pues aunque puedan contratarse a través de un intermediario con oficina física sita en el mismo lugar en el que se encuentra el consumidor, el producto (alojamiento, transporte, restauración, productos culturales o de ocio, vehículos de alquiler, etc.) se sitúan en el lugar de destino, de modo que el turista que contrata productos turísticos no puede verlos personalmente hasta su llegada al destino. El consumo turístico es, generalmente, un consumo *a distancia*, con los inconvenientes señalados, los cuáles aumentan su posición de inferioridad con respecto al comerciante, pues si el turista se encuentra con un producto o servicio que, en su opinión, no coincide con el contratado, su capacidad de reacción es menor de la que disfruta en su lugar de origen, en el que no depende de recursos ajenos para, por ejemplo, pernoctar, alimentarse o trasladarse de un lugar a otro, y con el inconveniente añadido de que el tiempo del que dispone para disfrutar en el destino es limitado, por lo que puede no compensarle consumirlo en reclamaciones de resultado incierto, con la consecuencia indeseable de que el turista puede terminar haciendo dejación de sus derechos como consumidor. Solamente en casos de contratación *in situ* de servicios turísticos

¹¹ *Idem*, reproduciendo la idea recogida en la Recomendación de la Comisión Europea de 30 de marzo de 1998, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo* (DOUE L 115, de 17 de abril de 1998).

¹² Sobre la protección otorgada por el Ordenamiento Jurídico español al turista *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, J., “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 15, 2002, págs. 357 a 380; o TORRES LANA, J. A., TUR FAUNDEZ, M^a N. y JANER, J. D., *La protección del turista como consumidor*, Tirant Lo Blanch, 2003.

no se estaría ante un supuesto de contratación *a distancia*, pues en estos casos se contrata personalmente con el comerciante y es posible ver el producto turístico con anterioridad a su adquisición. La contratación *in situ* de servicios turísticos es muy importante en el ámbito interno (72,6 % del total), pero minoritaria en viajes transnacionales (38,7% del total)¹³.

Precisamente el carácter *transnacional* o *transfronterizo* de la actividad turística incrementa la posición de debilidad del consumidor, por dos razones fundamentales. En primer lugar, la existencia de barreras idiomáticas entre consumidor y empresario dificultan la defensa de los derechos del primero, entorpeciendo la adopción de acuerdos que pongan fin al conflicto. En segundo lugar, los distintos Ordenamientos Jurídicos nacionales que rigen en el lugar de residencia del turista y en el lugar en el que se realiza la estancia turística –e, incluso, en el lugar en el que se sitúa el intermediario con el que se contrató el servicio turístico– dificultan la determinación de la ley y jurisdicción aplicables a la solución del conflicto.

En definitiva, con independencia de que contrate a distancia o presencialmente, o se trate de un viaje transfronterizo o interno, el turista es siempre un *consumidor visitante*, pues por su propia naturaleza el turista siempre viaja a un lugar diferente de aquél en el que tiene su residencia habitual¹⁴, y, como se ha expuesto, su posición como consumidor se ve debilitada con respecto al consumidor ordinario, por lo que los esfuerzos del legislador y de la Administración pública deben ser más intensos de lo habitual si quieren reequilibrar su posición con relación al comerciante.

La conflictividad en el ámbito turístico es, como en cualquier otro sector del consumo, habitual. La litigiosidad en este sector ha aumentado paulatinamente a tenor de la información contenida en las *memorias* del extinto Instituto Nacional de Consumo (integrado actualmente en la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, AECOSAN). El mayor porcentaje de reclamaciones en el sector turístico corresponde a los medios de transporte (por este orden: avión, autobús, tren y barco), a continuación están las reclamaciones sobre establecimientos de alojamiento turístico y hostelería, y en tercer lugar los conflictos con las agencias de viaje¹⁵. En lo referido a los conflictos de consumo que se someten a procedimientos extrajudiciales de resolución, en los últimos años el número de éstos resueltos por mediación aumentaron del 20,76 % (en 2004) al 52,26 % (en 2006) del total de reclamaciones. Además, llama la atención que la mayor parte de las reclamaciones que no llegan a resolverse a través de un procedimiento extrajudicial tengan su origen en que el empresario no accede voluntariamente a someterse a éste¹⁶.

Como sucede en el ámbito de las relaciones mercantiles y comerciales, también en el ámbito turístico resulta necesario diferenciar entre la mediación entendida como la actividad consistente en la comercialización y/u organización de *viajes combinados*, habitualmente

¹³ Datos correspondientes al año 2012, obtenidos del *Informe anual 2012 Familitur (Encuesta de Movimientos Turísticos de los Españoles)*, Instituto de Turismo de España, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, págs. 8 y 10.

¹⁴ Recuérdese que la Organización Internacional del Turismo (OIT/WTO) define el *viaje turístico* como “[...] todo desplazamiento de una persona a un lugar fuera de su lugar de residencia habitual, desde el momento de su salida hasta su regreso. Por lo tanto, se refiere a un viaje de ida y vuelta. [...]”, en *Entender el Turismo: Glosario básico*, <http://media.unwto.org/es/content/entender-el-turismo-glosario-basico>.

¹⁵ Datos recopilados por FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La Resolución de conflictos internacionales por vía extrajudicial en el ámbito del turismo”, en *El turismo y la experiencia del cliente: IX Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 21 y 22 de Junio de 2016*, JIMÉNEZ CABALLERO, J. L. (Coord.) et al., Vol. I, 2016, pág. 86.

¹⁶ Cfr. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, pág. 22.

reservada a las agencias de viajes¹⁷, y cuya regulación se encuentra prevista en la normativa turística autonómica (que en ocasiones le da el nombre de *intermediación* para evitar confusiones¹⁸); y la mediación como mecanismo de resolución extrajudicial de controversias entre consumidores y comerciantes, y que en el ámbito turístico apenas si ha obtenido atención por parte del legislador nacional o autonómico. En el ámbito específicamente turístico la mediación, así como el resto de mecanismos de resolución extrajudicial de controversias, no cuentan con previsiones específicas en la normativa turística. Solamente existen algunas referencias sueltas a tales mecanismos en la normativa turística autonómica, como por ejemplo en Andalucía, donde los turistas tienen el derecho a “[a] *cudir a un sistema de mediación en materia de turismo a través de mecanismos de naturaleza arbitral*”¹⁹; o Cataluña, que fomenta la resolución de conflictos entre empresas y usuarios de servicios turísticos a través del arbitraje de consumo, autorizando a la Administración sectorial para “[...] *crear mecanismos de mediación o conciliación distintos del arbitraje de consumo, con el objetivo de que las empresas turísticas puedan utilizarlos voluntariamente para la resolución rápida y eficaz de los conflictos que las (sic) afecten*”²⁰; pero sin conformar nada parecido a un régimen jurídico de la resolución alternativa de conflictos de consumo en el ámbito turístico. Tampoco las Administraciones turísticas han creado ninguna estructura específica que ampare a estos mecanismos, habiendo tomado el sector privado la delantera a la hora de instaurar mecanismos e instituciones de resolución alternativa específicamente dedicados a resolver conflictos de consumo en el ámbito del turismo²¹.

3. La mediación en la normativa española sobre protección de los consumidores y usuarios.

La normativa española puede considerarse como *pionera*²² a la hora de establecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la defensa de consumidores y usuarios, pues ya la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la defensa de los consumidores y usuarios*, creaba en su artículo 31 un *Sistema Arbitral de Consumo*. Sin embargo, en esta norma no se prevé aún la mediación como instrumento específico para la resolución de conflictos de consumo. Posteriormente se aprueba la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, *de Arbitraje*, la cual constituiría derecho supletorio para el mencionado sistema arbitral por expresa decisión de la misma²³. En su Disposición Adicional segunda establece un mandato al Ejecutivo para que desarrolle reglamentariamente el sistema arbitral previsto en la Ley 26/1984, especialmente en materia de procedimiento y régimen jurídico, obligación que sería cumplida mediante la aprobación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, *por el que se regula el sistema arbitral de consumo*. Este reglamento será la primera norma que, en el

¹⁷ V.gr. Capítulo IV de la Ley 13/2002, de 21 de junio, *de turismo de Cataluña*.

¹⁸ Vid. el artículo 28.1 b) de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, *del Turismo de Andalucía*; y el artículo 5 d) de la Ley 3/1998, de 24 de mayo, *de Turismo de la Comunitat Valenciana*.

¹⁹ Artículo 21 K) de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, *del Turismo de Andalucía*.

²⁰ Artículo 32 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, *de turismo de Cataluña*.

²¹ Como ha hecho, v.gr., el Colegio de Abogados de Madrid, el cuál ha incorporado recientemente el *Instituto de Mediación en Turismo* (Imedtur) a su *Centro de Resolución de Conflictos* (medialCAM). <http://www.europapress.es/madrid/noticia-colegio-abogados-incorpora-instituto-mediacion-turismo-centro-resolucion-conflictos-mediaicam-20160120185145.html>

²² Así la califica STROIE, I. R., “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, en *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n° 7, 2013, pág. 229.

²³ Vid. su exposición de motivos, *in fine*.

ámbito del consumo, prevé el recurso a la mediación como uno de los instrumentos posibles para la solución extrajudicial de controversias en este ámbito. Concretamente, su artículo 4.b) atribuye genéricamente a las Juntas Arbitrales de Consumo funciones en relación a “[a]ctuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios”. Sin embargo, no se hace ninguna otra mención a la mediación en el texto del Real Decreto, el cuál se dedica por entero a regular el arbitraje de consumo.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje*, tampoco hace ninguna referencia a la mediación, a pesar de que por estas fechas esta técnica de resolución alternativa de conflictos ya se aplicaba habitualmente en otros ámbitos, como el laboral o el civil, el Derecho de familia o la propiedad intelectual²⁴. Por su parte, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, vuelve a establecer un mandato al Ejecutivo para que –además de refundir la normativa existente en materia de defensa de los consumidores y usuarios²⁵–, estableciese una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, fruto del cual se aprueba el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*²⁶.

Por lo que respecta al texto refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, sigue sin contener ninguna referencia a la mediación. Por el contrario, el Real Decreto 231/2008 se marca como uno de sus objetivos clarificar “[...] el papel de la mediación en el procedimiento arbitral [...]” si bien “[...] absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia”²⁷. Así, este Real Decreto instituye a la mediación como una fase previa y opcional del arbitraje, denominada “mediación en el procedimiento arbitral”, encargando a las Juntas Arbitrales de Consumo “[a]segurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales [...]”²⁸. El legislador estatal, consciente de que la materia es competencia autonómica, se limita a regular los supuestos en los que cabe mediación y los requisitos que debe cumplir el mediador²⁹. Así, conforme al artículo 38 del Real Decreto, siempre que no concurran causas de inadmisión en la solicitud de arbitraje, se *intentará mediar* para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto. No será posible tal mediación contra la oposición expresa de cualesquiera de las

²⁴ Vid. respectivamente, el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral* (art. 63, que en este momento se refería exclusivamente a la conciliación, incluyendo a partir de 2007 también expresamente a la mediación); la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (arts. 414.1 *in fine* y 770.7ª); y el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (arts. 20 y 153). La mediación se prohíbe expresamente en materia de violencia de género (art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*).

²⁵ Refundición normativa aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*.

²⁶ Modificado por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo. Esta norma derogó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, *por el que se regula el sistema arbitral de consumo*.

²⁷ Exposición de motivos, párrafo noveno.

²⁸ Artículo 6.f). Complementariamente, encarga a las Juntas Arbitrales de Consumo “[p]roveer de medios y realizar las actuaciones necesarias para el mejor ejercicio de las funciones de los órganos arbitrales y, en su caso, de los mediadores”. *Ibidem*, letra k. Se separa así el texto finalmente aprobado del proyecto de Real Decreto, que preveía un capítulo dedicado específicamente a la mediación de consumo (arts. 35 a 37).

²⁹ ORDENANA GERUZAGA, I., “La mediación de consumo...*Op.cit.*”, págs. 5 y 6. Este autor denomina a la mediación previa al proceso arbitral regulada en Real Decreto 231/2008 como “mediación prearbitral” o “la alternativa de la alternativa”.

partes enfrentadas (voluntariedad), o cuando conste que la mediación ha sido intentada previamente sin éxito. La invitación a la mediación –si bien no su efectiva realización– se convierte en un requisito previo del arbitraje de consumo, debiendo constar en las *ofertas públicas de adhesión* al Sistema Arbitral de Consumo realizadas por las empresas y profesionales interesados en este mecanismo de solución de controversias, si bien éstas pueden declinar expresamente su sometimiento a la mediación pre-arbitral con carácter general³⁰.

Con el objetivo de fomentar las adhesiones empresariales y profesionales al Sistema Arbitral de Consumo, el Real Decreto prevé la posibilidad de que las Administraciones públicas establezcan incentivos³¹, lo que nada obsta, en principio, para que tales incentivos estén referidos específicamente al sometimiento a la fase de mediación previa al arbitraje. Si finalmente las empresas y profesionales aceptan el mecanismo de la mediación, deberá quedar constancia de su intento durante el procedimiento arbitral, concretamente en la resolución que acuerde su inicio³². A pesar de configurarse como un mecanismo ancilar con respecto al arbitraje, su importancia dentro del Sistema Arbitral de Arbitraje queda patente en su artículo 49.1, que prevé la suspensión del plazo para dictar el laudo arbitral en caso de intento de mediación por las partes en conflicto.

El Real Decreto 231/2008 no regula ni el procedimiento ni el resto de aspectos relativos al mecanismo de mediación, reenviando tales cuestiones expresamente a la legislación sectorial de la materia objeto del conflicto (art. 38.2). En tal sentido, la única referencia que se hace en relación a las cualidades de las personas que actúen como mediadores es la que sujeta su actuación a los mismos requisitos de *independencia, imparcialidad y confidencialidad* exigidos a los árbitros (art. 38.3), además del deber de confidencialidad respecto de las informaciones que conozcan con ocasión de su actividad (art. 41.2), sin que, en ningún caso, puedan actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviese *relación estrecha* con aquél (art. 22.1).

La primera norma jurídica de ámbito nacional dedicada específicamente a regular el régimen jurídico de la mediación es el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que posteriormente daría lugar a una Ley homónima de 6 de julio de 2012³³. El recurso a la figura del Decreto-Ley para regular esta materia se encuentra en la urgencia derivada de la finalización del plazo de incorporación a nuestro ordenamiento interno del contenido de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*³⁴. Pero la Ley 5/2012 va a excluir expresamente de su ámbito de aplicación la

³⁰ En tal sentido, señala el artículo 25.1 párrafo segundo del Real Decreto 231/2008 que “[e]n la oferta pública de adhesión se expresará si se opta por que el arbitraje se resuelva en derecho o en equidad, así como, en su caso, el plazo de validez de la oferta y si se acepta la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales. En el supuesto de no constar cualquiera de estos extremos, la oferta se entenderá realizada en equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación previa”.

³¹ Artículo 32.2. V.gr. el otorgamiento del *distintivo oficial de adhesión*, que pueden utilizar el comerciante adherido al Sistema Arbitral de Consumo tanto en sus establecimientos como en su publicidad, albaranes, facturas o cualquier otro medio o documento (art. 28 y Anexos I y II).

³² Vid. art. 37.3. Corresponde al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y de fin de la mediación, así como de su resultado (art. 38.2).

³³ Desarrollada parcialmente por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, *por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

³⁴ Plazo que finalizó el 21 de mayo de 2011.

mediación en materia de consumo (art. 2.2), por lo que en esta materia no constituye modificación alguna del régimen jurídico expuesto hasta el momento. Como señala CORTÉS, la exclusión del consumo del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 tendría su origen en una errónea interpretación de la Directiva 2008/52³⁵, interpretación radicalmente distinta de la que han hecho el resto de Estados miembros, los cuáles incluyeron el consumo dentro de su ámbito de aplicación. Por el contrario OROZCO PARDO³⁶, dando por sentado que la Directiva 2008/52 efectivamente expulsó al consumo de su ámbito de aplicación, justifica tal exclusión por la citada desigualdad entre las partes de la relación comercial, compensada, como se ha visto, a través de la *discriminación positiva o desequilibrio equitativo* a favor del consumidor, y garantizada ésta por las funciones de vigilancia que sobre este régimen cualificado realizan los Poderes Públicos. Este *desequilibrio estructural* sería, en definitiva, una de las razones por las que el legislador comunitario excluyó a las reclamaciones de consumo del ámbito objetivo de la Directiva 2008/52. En cualquier caso, como recuerda PINTOS SANTIAGO³⁷, la exclusión de la mediación por parte la Ley 5/2012 no supone en ningún caso prohibir la aplicación de la mediación al consumo, sino simplemente reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

A nivel nacional no existe, por tanto, una norma general sobre mediación aplicable a todos los ámbitos y tampoco una norma específica sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Sin embargo, la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*, ha alterado radicalmente el panorama, obligando a los Estados miembros a aprobar normas internas que acojan sus previsiones. Una vez traspuesto su contenido al Derecho interno España contará con una norma específica sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Este proceso de transposición se encuentra actualmente en curso, habiendo presentado el Ejecutivo un *Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo* el 17 de abril de 2015, el cuál será analizado en un epígrafe específico de este trabajo.

Por lo que respecta al ámbito autonómico, ya se ha comentado que el legislador estatal considera que la competencia sobre mediación –en general y, específicamente, en materia de consumo– corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuáles la asumen como

³⁵ Considera este autor que la exclusión de los conflictos de consumo se debe a una incorrecta interpretación de la Directiva 2008/52/CE, concretamente de su Considerando 11, el cual señala que “[l]a presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto [...]. En tal sentido (reiterado en su artículo 3 a), la Directiva considera que los procedimientos de carácter *cuasi jurisdiccional* no deben ser entendidos como mediación. Es decir, la Directiva no excluye a todas las reclamaciones de consumo del concepto de mediación, sino únicamente aquellas que tengan carácter cuasi jurisdiccional, por tener naturaleza *heterocompositiva*, como ocurre con los defensores del cliente y los relativos a procesos de reclamación internos de la empresa donde ésta decide unilateralmente si atiende a la reclamación o no. El legislador español prescinde de tal diferenciación y excluye, de plano, todos los mecanismos de solución de controversias en materia de consumo del ámbito de su Ley de transposición. CORTÉS, P., “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 4, 2015, pág. 22.

³⁶ OROZCO PARDO, G., “La mediación en los conflictos de consumo”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.) *et al.*, *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson, 2013, pág. 684.

³⁷ PINTOS SANTIAGO, J., “Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil”, en *Diario La Ley*, nº 8.278, 25 de marzo de 2014. Así lo señala el propio Preámbulo de la Ley en su apartado II.

competencia exclusiva en sus Estatutos de Autonomía en lo referente a los procedimientos de defensa del consumidor³⁸. Más allá de los criterios generales fijados por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, no existen a nivel autonómico normas que regulen específicamente la mediación en materia de consumo, salvo en Cataluña y Cantabria. En el primer caso, la mediación en materia de consumo se regula por el Decreto 98/2014, de 8 de julio, *sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo*. En cuanto a Cantabria, se trata de la única Comunidad Autónoma que posee una norma de rango legal dedicada a la mediación, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, *de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, cuyo ámbito objetivo es la actividad de mediación en general (arts. 3 y 5), sin excluir de ésta al consumo. Fuera de estos casos excepcionales, la generalidad de normas autonómicas sobre mediación están referidas a materias específicas como la mediación familiar³⁹ y, nuevamente en el caso de Cataluña, a materias generales como el Derecho privado, las cuáles dejan fuera de su ámbito objetivo de aplicación al consumo⁴⁰.

4. La posición de la Unión Europea en relación a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Breve reseña de los documentos comunitarios sobre la materia.

La Unión Europea ha mostrado desde hace años su interés por los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo –*litigios*, en la terminología comunitaria⁴¹–. Existen varios documentos comunitarios que han recogido el parecer de las Instituciones europeas en esta materia, el cuál ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Entre estos documentos pueden destacarse el *Libro Verde* de la Comisión Europea, de 16 de noviembre de 1993, *sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*; la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, *sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo*, y la Recomendación de la Comisión Europea 98/257/CE, del mismo día, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*; la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*; las Resoluciones del Parlamento Europeo de 20 de mayo de 2010, *sobre cómo ofrecer un mercado único a los consumidores y los ciudadanos*; y de 5 de octubre de 2011, *sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia*; o la Comunicación de la Unión Europea, de 13 de abril de 2011, titulada *Acta del Mercado Único: doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar*

³⁸ V.gr. el artículo 58.2.4º de Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, *de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*.

³⁹ Existiendo en la actualidad más de una decena de leyes autonómicas sobre mediación familiar, como la Ley 1/2001, de 15 de marzo, *de mediación familiar de Cataluña* (derogada); la Ley 1/2009, de 27 de febrero, *reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía*; o la Ley 9/2011, de 24 de marzo, *de mediación familiar de Aragón*. Excepcionalmente, la Comunidad Autónoma de Extremadura cuenta con el Decreto 245/2000, de 5 diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de Arbitraje, Conciliación y Mediación Cooperativos de Extremadura*, cuyo objeto está circunscrito a los conflictos surgidos en el ámbito del cooperativismo.

⁴⁰ Se trata de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, *de mediación en el ámbito del Derecho privado*, la cual no incluye al consumo en su ámbito objetivo (art. 2.2), por lo que no es aplicable a esta materia.

⁴¹ Denominación errónea por su impropiedad, como advierte STROIE, I. R., “Alternativas a la resolución de conflictos...*Op.cit.*, pág. 238.

la confianza, "Juntos por un nuevo crecimiento"⁴², entre cuyas prioridades figura, en el número 4, "[...] garantizar la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata para los consumidores, permita preservar las relaciones de las empresas con su clientela [...] [incluyendo] [...] un apartado dedicado al comercio en línea".

Los documentos relacionados preparan el camino para la aprobación, en 2008, de la Directiva 2008/52, de 21 de mayo, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en relación a la cual surge en nuestro país la señalada polémica en torno a su aplicabilidad a las relaciones de consumo. Sin embargo, con anterioridad a esta fecha la Unión Europea había regulado, de manera dispersa, algunos mecanismos alternativos para sectores específicos dentro del ámbito del consumo, como los relativos a los servicios de la sociedad de la información, los servicios de comunicaciones electrónicas, la mediación en materia de seguros, la comercialización a distancia de servicios financieros, el mercado de instrumentos financieros o el crédito al consumo, entre otros⁴³. Será en 2013 cuando, finalmente, se generalice el uso de mecanismos alternativos para la resolución de controversias en todos los ámbitos del consumo, aprobándose una norma de carácter general en la materia: la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*.

5. La Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo: la Directiva ADRC.

5.1. Cuestiones generales.

La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE* (en adelante, Directiva ADRC⁴⁴), justifica su existencia en el artículo 169 números 1 y 2 (letra a) del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, el cual establece que la Unión debe contribuir a lograr un alto nivel de protección de los consumidores; así como en el artículo 38 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que obliga a que las políticas de la Unión Europea garanticen un alto nivel de protección de los consumidores. El objetivo inmediato a alcanzar con estas medidas es la protección del Mercado Único Europeo, pues la desprotección de los consumidores supone una grave amenaza para su confianza,

⁴² Sin olvidar las conclusiones de 24 y 25 de marzo, de 30 de mayo, y de 23 de octubre del Consejo Europeo en la materia.

⁴³ Previstos, respectivamente, en las Directivas 2000/31/CE, de 8 de junio; 2002/21/CE, de 7 de marzo; 2002/92/CE, de 9 de diciembre; 2002/65/CE, de 23 de septiembre; 2004/39/CE, de 21 de abril; y 2008/48/CE, de 23 de abril. Posteriormente también se regulan mecanismos de ADR sectoriales, como en la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, *sobre el mercado interior de la electricidad*; o la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, *sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*.

⁴⁴ CREUTZFELDT defiende el uso del término *Consumer Dispute Resolution* (CDR) para la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, como una especialidad del más genérico *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Hasta la eventual generalización de este término considero preferible seguir utilizando el acrónimo ADR (añadiéndole una "C" relativa a la materia de consumo), que hace referencia no a todos los sistemas de resolución de disputas, sino específicamente a los de naturaleza extrajudicial –*alternative*–, como es el caso de la Directiva 2013/11. CREUTZFELDT, N., "Alternative dispute resolution for consumers", en STÜRNER, M., GASCÓN INCHAUSTI, F. y CAPONI, R. (Edits.) *et al.*, *The role of consumer ADR in the Administration of justice*, 2015, pág. 4.

especialmente en las compraventas transfronterizas, constituyendo un importante obstáculo a eliminar por la políticas europeas⁴⁵. En tal sentido, “[l]a garantía de un acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles para resolver los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestaciones de servicios debe beneficiar a los consumidores y, por consiguiente, reforzar su confianza en el mercado. [...]”⁴⁶. La Directiva ADRC pretende generalizar el uso de los sistemas de resolución alternativa de litigios en materia de consumo –infrautilizados en muchos casos por desconocimiento de los consumidores– y homogeneizar sus estándares de cobertura, calidad y conocimiento en los diferentes Estados miembros, de forma que puedan prestarse servicios de alta calidad que beneficien tanto a consumidores como a comerciantes con independencia de su lugar de residencia en el territorio de la Unión Europea⁴⁷. Su objetivo último, por tanto, es unificar los criterios esenciales de los mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo en todo el territorio de la Unión, como hiciera en 2001 la *Uniform Mediation Act* en Estados Unidos.

La Directiva ADRC se asienta sobre dos pilares fundamentales para lograr sus objetivos: a) una *infraestructura* para la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, conformada por las diferentes entidades de resolución alternativa de litigios nacionales reconocidas por la Unión Europea y el *nexo de unión* entre ellas y con los propios consumidores que constituye el *listado* público de tales entidades, y b) un *marco* para la resolución de los litigios *en línea* en materia de consumo derivados de transacciones *en línea*, de forma que esta Directiva está íntimamente interrelacionada con el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*, conformado éste un instrumento legislativo *complementario* de la Directiva ADRC⁴⁸. Este Reglamento europeo crea una *plataforma* de resolución de litigios en línea que funciona a modo de *ventanilla única*, de forma que los consumidores y comerciantes puedan resolver extrajudicialmente sus controversias mediante entidades de resolución alternativa de litigios vinculadas a dicha plataforma. En cualquier caso, debe tenerse muy presente que la Directiva ADRC se aplica a los litigios derivados de contratos celebrados tanto en línea como presencialmente, por lo que su carácter *online* únicamente va a constituir una especialidad que contará con mecanismos de protección añadidos a los previstos en la Directiva con carácter general.

La obligación para los Estados miembros de contar con entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo autorizadas conforme a los criterios fijados en la Directiva ADR recae sobre aquellas materias incluidas en su ámbito objetivo y en los que esté implicado un comerciante establecido en su territorio, con independencia del lugar de residencia del consumidor. Sin embargo, la Directiva ADRC admite que cuando el Estado no cuente con entidades nacionales de esta naturaleza pueda cumplir con su obligación recurriendo a entidades de resolución alternativa establecidas en otro Estado miembro o que posean carácter *regional*, *transregional* o paneuropeo⁴⁹. Cada Estado miembro designará a una *autoridad competente*, que será la encargada de elaborar las *listas* de entidades de resolución

⁴⁵ Considerandos 2 y 3 de la Directiva ADRC.

⁴⁶ Considerando 4 de la Directiva ADRC.

⁴⁷ Artículo 2.3 de la Directiva ADRC.

⁴⁸ Considerando 12 de la Directiva ADRC.

⁴⁹ Artículo 5 números 1 y 3 de la Directiva ADRC.

alternativa⁵⁰ autorizadas conforme a los requisitos previstos en la Directiva ADRC y su comunicación a la Comisión Europea⁵¹. También serán las encargadas de recibir la información relativa a los procedimientos tramitados por las entidades incluidas en la lista⁵². Será posible que cada Estado miembro designe a más de una autoridad competente, en cuyo caso deberá indicar cuál de las autoridades competentes designadas constituye el *punto de contacto único* para la Comisión Europea⁵³. Estas listas son de gran utilidad para el consumidor, el cuál puede conocer, examinando un único documento, cuáles son las entidades de resolución alternativa a las que puede acudir en cada país en auxilio de sus derechos.

Por lo que se refiere al citado ámbito objetivo de la Directiva ADRC, ésta se aplica tanto a los litigios internos *–nacionales–* como a los transfronterizos⁵⁴, garantizándose la igualdad de derechos de los consumidores en ambos casos⁵⁵, para lo cuál la Directiva articula algunas medidas que compensen la posición de debilidad que ostentan los consumidores en los litigios de consumo de naturaleza transfronteriza. Entre las más importantes estarían la *asistencia a los consumidores* para que éstos puedan acceder a las entidades de resolución alternativa que operen en otro Estado miembro⁵⁶. Tal asistencia deberá ser encomendada por los Estados miembros a sus centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor, a las organizaciones de consumidores o a *cualquier otro organismo*⁵⁷.

Por lo que se refiere a las materias excluidas de su ámbito objetivo, la Directiva ADRC excluye los *servicios no económicos de interés general*, los prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior, y los servicios de atención sanitaria, entendiéndose

⁵⁰ Las listas de entidades de resolución alternativa incluyen la siguiente información: a) nombre, señas y sitio web; b) tarifas (si sus servicios no son gratuitos); c) idioma o idiomas en los que pueden presentarse reclamaciones y desarrollarse el procedimiento de resolución; d) tipos de litigios admitidos; e) sectores y categorías de litigios cubiertos; f) necesidad de presencia física de las partes o de sus representantes, oralidad o forma escrita del procedimiento; g) vinculatoriedad o no del resultado del procedimiento; y h) motivos de inadmisión de las reclamaciones presentadas. Estas listas deberán estar publicadas en las páginas web de las entidades de resolución alternativa, de los centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor y, en su caso, de los organismos designados de conformidad con el artículo 14.2, facilitando además un enlace a la página web de la Comisión Europea y, siempre que sea posible, en un soporte duradero en sus propios locales. Por su parte, los Estados miembros deberán *animar* a las organizaciones de consumidores y asociaciones de empresarios para que hagan pública la lista de entidades de resolución alternativa en sus propias páginas web (artículos 20.2, 15.1 y 15.2 de la Directiva ADRC).

⁵¹ Artículos 18 y 20 de la Directiva ADRC.

⁵² Deberes de información detallados en el artículo 19 de la Directiva ADRC.

⁵³ Cada Estado miembro deberá comunicar a la Comisión Europea la autoridad o autoridades competentes designadas, incluido, en el segundo caso, el punto de contacto único elegido. La Comisión Europea elaborará una *lista* con las autoridades competentes y puntos de contacto único que los Estados miembros le comuniquen, publicándose dicha lista en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 18.2 de la Directiva ADRC).

⁵⁴ Artículo 2.1 de la Directiva ADRC. Ésta define los “litigios nacionales” como aquéllos que derivan “[...] *de un contrato de compraventa o de servicios en el que el consumidor, en el momento de realizar la orden de pedido, tiene su residencia en el mismo Estado miembro en que está establecido el comerciante*”. En el caso de los “litigios transfronterizos” la diferencia está en que consumidor tiene su residencia en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecido el comerciante (arts. 4.1 e) y f).

⁵⁵ Cfr. Considerando 38 de la Directiva ADRC.

⁵⁶ Artículo 14 de la Directiva ADRC.

⁵⁷ En relación con este servicio de asistencia, los Estados miembros deberán animar a sus entidades de resolución alternativa que operen en ámbitos sectoriales específicos en el que exista una red de entidades de resolución alternativa que facilite la resolución de litigios transfronterizos, a convertirse en miembros de dicha red (art. 16.3 de la Directiva ADRC). Antecedentes directos de estas redes son la *Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo* (Red EJE/EEJ-NET) y la *Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros* (FIN-NET).

estos últimos como los servicios relacionados con la salud “*prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios*”⁵⁸. En relación a los servicios no económicos de interés general, recuerda ÁLVAREZ MORENO⁵⁹ que este término no significa que tales servicios carezcan de valor económico, sino que al ser prestados generalmente por los Estados con cargo a los presupuestos no reciben por ello contraprestación económica por parte del ciudadano, por lo que no adquiere la condición de consumidor, y ello con independencia de que los servicios los preste directamente el Estado o el sector privado en ámbitos liberalizados (V.gr. la radio o la televisión). La razón de esta exclusión no estaría, por tanto, en el sujeto prestador sino en la ausencia de contraprestación económica por parte del ciudadano.

En cualquier caso, debe tenerse muy presente que los Estados miembros pueden extender voluntariamente su aplicación a cualquiera de las materias excluidas por la Directiva ADRC, como ha hecho el Reino Unido en su *Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015*, de 16 de marzo, con respecto a la enseñanza (pág. 3, “*Contracts to which these Regulations do not apply*”).

La Directiva ADRC posee un ámbito subjetivo *unidireccional*, en el sentido de que únicamente resulta de aplicación a las reclamaciones presentadas por los consumidores, pero no a las presentadas por los comerciantes contra éstos, ni, por supuesto, a los litigios entre comerciantes⁶⁰. En esto se diferencia radicalmente del Reglamento comunitario 524/2013 *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*, pues, como se verá en el epígrafe siguiente, éste admite también las reclamaciones presentadas por los comerciantes contra los consumidores. Como recuerda ÁLVAREZ MORENO⁶¹, el hecho de que el comerciante no sea parte legitimada para iniciar una reclamación frente al consumidor no implicaría indefensión para aquél, puesto que podrá acudir a otras vías judiciales o extrajudiciales para demandar al consumidor en protección de su derecho de crédito y, aunque no pueda interponer reclamaciones, podrá oponerse a la formulada contra él por el consumidor y formular, si fuese necesario, reconvenición, reclamando a su vez contra el consumidor una vez iniciado el procedimiento por éste. En cualquier caso, la Directiva se encarga de dejar claro que los ordenamientos internos son libres en todo caso de adoptar o mantener en vigor sus disposiciones relativas a la resolución extrajudicial de tales conflictos, por lo que es posible que sistemas análogos a los previstos en la Directiva se apliquen igualmente a las reclamaciones planteadas por los comerciantes frente a los consumidores, o entre los propios comerciantes, en los diferentes Estados miembros en función de lo que éstos decidan libremente en cada caso.

⁵⁸ Considerandos 13 y 14, y artículo 2.2. Respecto de los servicios de atención sanitaria, conforme a la definición contenida en el artículo 3 a) de la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo, *relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*. Para ÁLVAREZ MORENO los tratamientos de estética deben entrar dentro del ámbito objetivo de la Directiva ADRC al no tener por objeto la *evaluación, mantenimiento o restablecimiento del estado de salud*. ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Aproximación a la normativa sobre mediación en litigios de consumo”, en la *Revista de Derecho Privado*, n^o 1, enero-febrero, 2016, pág. 8.

⁵⁹ *Idem*, pág. 7.

⁶⁰ Considerando 16 y artículo 2.2. Igualmente, el Considerando 17 permite a los Estados miembros mantener o introducir en sus ordenamientos jurídicos disposiciones relativas a procedimientos no regulados por la Directiva ADRC, como los relativos a procedimientos internos de tramitación de reclamaciones gestionados por el propio comerciante. Tales procedimientos pueden constituir, a juicio del legislador comunitario, “[...] *un medio eficaz de resolución temprana de litigios en materia de consumo*”.

⁶¹ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Aproximación a la normativa...*Op.cit.*”, pág. 6.

La Directiva ADRC es consciente de que los procedimientos de resolución alternativa de litigios son muy variados tanto en el seno de la Unión Europea⁶² como en los diferentes Estados miembros, por lo que opta por adoptar un concepto *omnicomprensivo* que le permita abarcar todas las variedades posibles, sistematizadas en tres modalidades⁶³: a) procedimientos en los que la entidad de resolución alternativa reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa (mediación), b) procedimientos en los que tal entidad propone una solución (conciliación) y c) procedimientos en los que impone una solución (arbitraje). La regulación contenida en la Directiva ADRC es común, por tanto, a todos los mecanismos de resolución alternativa de litigios en el ámbito del consumo, incluyendo, como se acaba de ver, a la mediación, pero sin que existan preceptos específicamente referidos a esta concreta técnica. Sin embargo, en relación a la mediación la Directiva ADRC advierte de que ésta debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, la cual estableció un marco para los sistemas de mediación en el ámbito de la Unión Europea en litigios transfronterizos⁶⁴. Ambas Directivas son aplicables, por tanto, a los sistemas internos de mediación. Sin embargo en España no resultará de aplicación la Directiva 2008/52/CE en tanto persista su exclusión, en virtud de nuestro Derecho interno, del ámbito del consumo.

Por lo que se refiere a las entidades de resolución alternativa de conflictos, es consciente igualmente la Directiva ADRC de que existe una gran variedad de éstas tanto en la Unión Europea como en los diferentes Estados miembros, por lo que admite a cualquiera de ellas siempre que cumplan una serie de requisitos⁶⁵: a) su constitución *duradera*, esto es, su existencia *sine die*, b) que ofrezcan la resolución de litigios entre consumidores y comerciantes mediante un procedimiento de resolución alternativa a la vía jurisdiccional⁶⁶, y c) que estén incluidas en las listas de entidades reguladas en esta misma Directiva. *Sensu contrario*, la Directiva ADRC no admite las entidades creadas *ad hoc* para un único litigio entre un consumidor y un comerciante concretos. Igualmente, se excluyen los sistemas de tratamiento de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante (salvo que excepcionalmente se admitan por el Estado miembro, con los requisitos que serán expuestos *infra*), las negociaciones directas entre las partes –en este caso y en el anterior, debido a la falta de imparcialidad de la persona que interviene en ellos– y los intentos de resolución realizados por un juez en el seno de un procedimiento judicial⁶⁷.

Para comprender la regulación contenida en la Directiva ADRC debe tenerse muy presente que ésta no prevé normas de naturaleza procedimental, de forma que los concretos procedimientos a los que se atienen las entidades de resolución alternativa serán –en principio– elaborados por los diferentes Estados miembros de conformidad con su Ordenamiento jurídico interno. La regulación de la Directiva ADRC se centra, por tanto, en fijar los requisitos que deberán cumplir las entidades de resolución alternativa de litigios en

⁶² En este sentido, y concretamente en materia de consumo en ámbitos específicos, su artículo 3.1 dispone que “[s]alvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva, en caso de que cualquier disposición de la presente Directiva sea incompatible con una disposición establecida en otro acto jurídico de la Unión que se refiera a procedimientos extrajudiciales de recurso incoados por un consumidor contra un comerciante, prevalecerá lo dispuesto en la presente Directiva”.

⁶³ Considerando 21 de la Directiva ADRC.

⁶⁴ Considerando 19 de la Directiva ADRC.

⁶⁵ Considerando 20 y artículo 4.1 h) de la Directiva ADRC.

⁶⁶ Incluyéndose aquéllas entidades que, conforme a su Derecho interno, estén autorizadas a imponer soluciones vinculantes para las partes. *Ibidem*.

⁶⁷ Considerando 23 y artículo 2.2 de la Directiva ADRC.

materia de consumo –configurados como *requisitos de calidad*⁶⁸– para ser reconocidas como tales por la Unión Europea y formar parte del *panel* de entidades existentes en cada Estado miembro, en el ámbito transnacional o, incluso, paneuropeo. Requisitos que podrán ser reforzados por los propios Estados miembros mediante la adopción o el mantenimiento de normas más exigentes que las contempladas en la Directiva ADRC⁶⁹. A pesar de que tales requisitos están referidos fundamentalmente a las entidades y personas que actúen en su seno, alguno de ellos se predicen del procedimiento desde un punto de vista *global* –duración, gratuidad, justicia, vinculatoriedad, etc.– como veremos seguidamente.

5.2. Requisitos de calidad del procedimiento de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo.

El primer requisito que la Directiva ADRC impone a los Estados miembros se ubica temporalmente antes incluso del inicio del procedimiento de resolución alternativa, a modo de *fase previa*. Con el objetivo de minimizar en lo posible la carga de las entidades de resolución alternativa, se exige a los Estados miembros que *animen* a los consumidores a ponerse en contacto con el comerciante para tratar de resolver el problema de forma bilateral con anterioridad a la presentación de la reclamación ante la entidad de resolución de conflictos⁷⁰. La obligación para los Estados miembros no consiste, por tanto, en imponer esta vía *previa* a los consumidores, sino meramente en prever su posibilidad como un derecho más del consumidor y facilitar su uso por parte de éstos.

Por lo que se refiere al procedimiento ante la institución de resolución alternativa, la Directiva ADRC excluye expresa y ampliamente la *obligatoriedad* de estos mecanismos de resolución de controversias tanto en lo que se refiere a la participación de los comerciantes como en relación a los efectos jurídicos que sus resoluciones tienen para éstos⁷¹. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la Directiva ADRC no exige la participación de los comerciantes en los procedimientos de resolución alternativa en materia de consumo, si bien admite expresamente la posibilidad de que los Estados miembros les obliguen a participar en éstos⁷² (además de incentivar su participación o sancionar su ausencia). Lo mismo sucede con la vinculatoriedad del resultado para los comerciantes, que no es impuesta por la Directiva ADRC pero permite que los Estados miembros establezcan en su normativa interna la obligación de aceptar su resultado⁷³. Así lo hace, por ejemplo, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, *de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de*

⁶⁸ Considerando 37 y artículo 2.3 de la Directiva ADRC. Su origen se encuentra, parcialmente, en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE, de 30 de marzo, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*; y 2001/310/CE, de 4 de abril, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*.

⁶⁹ Considerando 38 y artículo 2.3 *in fine* de la Directiva ADRC.

⁷⁰ Considerando 50 de la Directiva ADRC.

⁷¹ Considerando 49 de la Directiva ADRC.

⁷² Obligatoriedad que existe desde hace años, por ejemplo, en el ámbito laboral español (*vid.* el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*; y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, que deroga al anterior). Sobre la voluntariedad y obligatoriedad de los procedimientos de resolución alternativos a nivel europeo *vid.* SCANNICCHIO, N., “La conciliazione extragiudiziale italiana nell’esperienza dell’a.d.r. europeo”, en ESTEBAN DE LA ROSA, E. y OROZCO PARDO, G. (Dirs.) *et al.*, *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 253 y ss.

⁷³ Expresamente en el artículo 2.4 de la Directiva 2013/11/UE.

Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, que impone la medicación obligatoria por un periodo mínimo de tres meses en los supuestos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor (art. 8/134-2)⁷⁴. Sin embargo, ambas posibilidades previstas por la Directiva ADRC– participación obligatoria y vinculatoriedad– estarán condicionadas, en todo caso, a que tales normas internas respeten el derecho de las partes en conflicto a acceder al sistema judicial⁷⁵.

La cuestión de la vinculatoriedad del procedimiento y sus resoluciones reviste una gran importancia, habiendo sido tratada extensamente por la jurisprudencia comunitaria⁷⁶. Fruto de la misma son las previsiones recogidas en la Directiva ADR⁷⁷. En primer lugar, si el procedimiento de resolución alternativa resuelve el litigio imponiendo una solución –lo que, recuérdese, no ocurre ni en la mediación ni en la conciliación, pero sí en el arbitraje–, tal solución solamente poseerá carácter vinculante para las partes cuando éstas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente⁷⁸. En segundo lugar, los acuerdos entre consumidor y comerciante para participar en un procedimiento de resolución alternativa no tendrán carácter vinculante para el consumidor cuando se celebren con anterioridad a la materialización del concreto litigio y, además, priven al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales para la resolución del litigio⁷⁹. Sin embargo, tales acuerdos no perderán su carácter vinculante para los comerciantes si el consumidor decide hacer uso del procedimiento alternativo de resolución⁸⁰. En tercer y último lugar, no debe exigirse al comerciante su aceptación expresa de la solución recaída cuando la normativa nacional establezca que éstas son vinculantes para ellos⁸¹. Como recuerda CORTÉS, “[...] la eficacia de esta clase de pactos puede suponer denegación de justicia, lo cual estaría en contradicción con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [art. 47] y el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos [art.

⁷⁴ Sobre esta previsión *vid.* FRANCO CONFORTI, O. D., “Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos”, en *Diario La Ley*, nº 8.534, de 7 de mayo de 2015; o PÉREZ DAUDI, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, en *Diario La Ley*, nº 8.541, 18 de mayo de 2015.

⁷⁵ *Cfr.* artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reiterado en el artículo 1 *in fine* de la Directiva ADRC. Como señala CORTÉS, “[...] los Estados miembros tienen libertad para dotar de eficacia obligatoria a las cláusulas de mediación y obligación, con el efecto, no de impedir el acceso a los tribunales, sino de imponer un retraso justificado siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por el TJ[UE] en el caso *Alassini* [de 18 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C- 317/08, C- 318/08, C- 319/08 y C- 320/08, *Rosalba Alassini vs Telecom Italia SpA*)]. Esto es, cuando la obligatoriedad esté justificada porque “las disposiciones nacionales controvertidas aspiran a lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios (...) así como una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, y persiguen, por consiguiente, objetivos legítimos de interés general””. CORTÉS, P., “Un análisis comparativo...*Op.cit.*, pág. 8.

⁷⁶ Fundamentalmente, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre del 2006 (asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro vs Centro Móvil Milenium SL*), de 6 de octubre de 2009 (asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL vs Cristina Rodríguez Nogueira*), y de 18 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C- 317/08, C- 318/08, C- 319/08 y C- 320/08, *Rosalba Alassini vs Telecom Italia SpA*).

⁷⁷ Considerando 43 de la Directiva ADRC.

⁷⁸ *Cfr.* artículo 10.2 de la Directiva ADRC.

⁷⁹ *Cfr.* artículo 10.1 de la Directiva ADRC.

⁸⁰ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Aproximación a la normativa...*Op.cit.*, pág. 14.

⁸¹ *Cfr.* nuevamente el artículo 10.2 de la Directiva ADRC.

6] [...]”⁸², de ahí las importantes cautelas que impone la Directiva ADRC en materia de vinculatoriedad del procedimiento alternativo de resolución.

Precisamente para garantizar los derechos de defensa de los consumidores se establece que los procedimientos de resolución alternativa de litigios serán *accesorios* de los procedimientos judiciales instituidos para garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos –no *alternativos* a la vía judicial–, de manera que no se puede privar a consumidores y comerciantes de su derecho a acceder al sistema judicial⁸³, derecho sobre el cual deberá informarse puntualmente a las partes en conflicto⁸⁴. Pero el acceso *subsidiario* a los procedimientos judiciales estará limitado a aquellos casos en los que se ha acudido a un mecanismo de solución alternativa cuya solución carece de fuerza vinculante –mediación o conciliación– y, ante la imposibilidad de culminarlo con éxito –acuerdo entre las partes–, se incoa a continuación un procedimiento judicial en relación con dicho litigio. Ello resulta lógico habida cuenta de que la vinculatoriedad de las soluciones alcanzadas en procedimientos de resolución alternativa que gozan de tal prerrogativa –encarnadas en el *laudo arbitral*– impide, por su propia naturaleza, acudir a un posterior procedimiento judicial que deje sin efectos a la solución original. Distinto será, en cualquier caso, el recurso a la vía judicial para cuestionar la legalidad del procedimiento en sí, pero no su resultado en caso de gozar éste de eficacia vinculante para las partes. Finalmente, y volviendo al ejercicio *subsidiario* de la vía judicial, la Directiva ADRC permite, como fórmula para asegurar el acceso a los órganos jurisdiccionales, que los Estados miembros establezcan la suspensión de los plazos de caducidad o prescripción de este derecho durante el tiempo en el que se esté tramitando el procedimiento de resolución alternativa⁸⁵, de forma que no prescriba el derecho de los particulares a acceder a la vía judicial en demanda de protección de sus derechos por haber intentado previamente la vía extrajudicial.

Crucial importancia tiene el establecimiento de límites objetivos respecto de la eventual solución, que en este caso se materializa en el *Derecho imperativo*: en los procedimientos que resuelvan el litigio mediante la imposición de una solución al consumidor, ésta no podrá privar al consumidor de la protección ofrecida por disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo (*principio de legalidad*)⁸⁶. Lo que parece admitir que, *sensu contrario*, en los procedimientos de mediación y conciliación sea posible que las partes negocien incluso sobre estos extremos y eventualmente renuncien a alguno o algunos de ellos. Esto entraría en contradicción con la teoría *ius privatista* que ha sostenido

⁸² CORTÉS, P., “Un análisis comparativo...*Op.cit.*, pág. 6.

⁸³ Considerando 45 de la Directiva ADRC.

⁸⁴ Artículo 9.2 b), c) y d) de la Directiva ADRC. Información que se extiende a la posibilidad de aceptar o rechazar la solución propuesta (siempre que no tenga carácter vinculante: arbitraje), además de los efectos jurídicos de tal aceptación. Para ello deberá concederse a las partes un plazo de reflexión *razonable*. Igualmente, deberá informarse a las partes de que la solución eventualmente propuesta por la entidad de resolución alternativa podría ser distinta del resultado alcanzado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas.

⁸⁵ Considerando 45 *in fine* y artículo 12 de la Directiva ADRC.

⁸⁶ Siempre conforme a la normativa interna del Estado miembro en el que residan habitualmente las partes y, si existiese *conflicto de leyes*, con respecto a la normativa del Estado miembro en el que resida habitualmente el consumidor. Considerando 44 y artículo 11 de la Directiva ADRC. Como advierte ORDEÑANA GEZUAGA con carácter general para los procedimientos de resolución alternativa, “[...] *desjurisdiccionalización nunca puede ser sinónimo de ilegalidad*”. ORDEÑANA GERUZAGA, I., “La mediación de consumo...*Op.cit.*, pág. 12.

tradicionalmente que la mediación “*alcanza hasta donde llega la autonomía de la voluntad*”⁸⁷.

Resulta igualmente necesario analizar en qué casos será posible que la entidad de resolución alternativa desconozca un litigio presentado por un consumidor. Señala la Directiva ADR que las normas procedimentales que establezcan los Estados miembros podrán incluir la posibilidad de que las entidades puedan negarse a tramitar litigios en determinadas circunstancias (como en caso de litigios *excesivamente complejos* cuya resolución resulte más adecuada por parte de un órgano jurisdiccional)⁸⁸, pero nunca cuando tales exclusiones constituyan un *impedimento significativo* para el acceso de los consumidores a los procedimientos de resolución alternativa (como, por ejemplo, la fijación de un umbral monetario para el acceso al sistema de resolución alternativa de conflictos *desproporcionadamente alto*)⁸⁹. No debe confundirse esta negativa *global* a intervenir en determinadas categorías de litigios con los motivos de inadmisión particular fijadas en el artículo 5.4 de la Directiva ADR⁹⁰. Además, en caso de negativa a tramitar determinados litigios, no se exige a los Estados miembros que velen porque el consumidor pueda presentar su reclamación ante otra entidad de resolución alternativa, habiendo cumplido su obligación con garantizar el acceso a una de ellas (que cumpla con los requisitos del la Directiva ADRC)⁹¹. Y por lo que se refiere a las entidades de resolución alternativa correspondientes a un sector de consumo específico, si éstas son competentes para examinar los litigios relacionados con un comerciante que opera en el sector pero éste no pertenece a la organización o asociación que integra o financia dicha actividad (y, por lo tanto, no puede acceder a los servicios de resolución de la citada entidad), se considera que el Estado miembro habrá cumplido con sus obligaciones a pesar de esta situación (y, por lo tanto, la responsabilidad por no pertenecer a la citada organización o asociación recae sobre el comerciante)⁹².

Los consumidores tendrán un plazo no inferior a un año para presentar la reclamación ante la entidad de resolución alternativa⁹³. Este plazo comenzará a contarse desde el momento en que el consumidor presentase su reclamación ante el comerciante. La Directiva ADR garantiza, además, que las partes puedan retirarse del procedimiento en cualquier momento si no estuviesen satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento (debiendo

⁸⁷ Vid., por todos, OROZCO PARDO, G., “La mediación en los conflictos...*Op.cit.*”, pág. 690. Este autor toma como referencia en el Ordenamiento Jurídico español el artículo 2 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, *por el que se regula el sistema arbitral de consumo*, referido expresamente a las materias objeto de arbitraje de consumo, las cuáles coinciden con las materias objeto de mediación por ser ésta una fase previa de aquélla. Sobre la inclusión de pactos en el que las partes acuerdan someter los eventuales conflictos a mediación y su alcance *vid.* PARDO LOZANO, J. M^a, “La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil”, en la *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 14, diciembre, 2016, págs. 1 a 20.

⁸⁸ Considerando 25 de la Directiva ADRC.

⁸⁹ *Ibidem*. Vid. también el artículo 5.5 de la Directiva ADRC.

⁹⁰ Y que son, de forma sintética, los siguientes: a) el consumidor no ha intentado de forma previa la solución del litigio directamente con el comerciante, b) el litigio es *frívolo* o *vejatorio*, c) el litigio está ya siendo examinado (o lo ha sido) por otra entidad de resolución alternativa u órgano jurisdiccional, d) que el valor de la reclamación sea inferior al umbral monetario preestablecido, e) que la reclamación esté fuera de plazo, y f) que la tramitación del litigio pudiese *comprometer gravemente por otros motivos* el funcionamiento de la entidad de resolución alternativa. Además, con carácter general, cuando una entidad de resolución alternativa *no esté en condiciones de tramitar* un litigio dispondrá de un plazo de tres semanas para comunicar a las partes una explicación razonada de los motivos de su rechazo.

⁹¹ Considerando 25 *in fine* de la Directiva ADRC.

⁹² Artículo 5.7 Directiva ADRC.

⁹³ Artículo 5.4 e) de la Directiva ADRC.

informarles de este derecho antes de iniciarse aquél)⁹⁴. Lógicamente, si la participación del comerciante es obligatoria, porque así lo ha decidido la normativa interna de un Estado miembro, este derecho a retirarse del procedimiento corresponde únicamente al consumidor⁹⁵.

El resto de requisitos del procedimiento de resolución alternativa establecidos por la Directiva ADRC hacen referencia a otros tantos principios rectores del mismo: *celeridad, eficacia, equidad, gratuidad, justicia, vinculatoriedad, legalidad y accesoriedad*. En relación al primero de éstos, la Directiva ADRC fija el plazo máximo de resolución y notificación/publicidad de los procedimientos en noventa días naturales (contados desde la recepción del expediente completo de reclamación, incluida toda la documentación relativa a la misma)⁹⁶, siendo susceptible de prórroga en “*determinados casos de índole particularmente compleja*”⁹⁷. Llama la atención que en caso de prorrogarse el plazo de resolución no se exija la concreción exacta de su prolongación, sino únicamente que, con ocasión del trámite de información a las partes, se señale “*aproximadamente [...] el plazo que se requerirá para la resolución del litigio*”⁹⁸.

La *eficacia* del procedimiento⁹⁹ se traduce, fundamentalmente, en la accesibilidad (técnica) del procedimiento, tanto online como presencialmente, con independencia del lugar de residencia de las partes; la posibilidad de participar en el procedimiento sin necesidad de estar asistidas por letrado o asesor jurídico y el correspondiente derecho a estarlo si así lo deciden; y la puntual información a las partes de la recepción de todos los documentos enviados por éstas en relación con la reclamación.

La *equidad* del procedimiento¹⁰⁰ se garantiza a través de su *naturaleza contradictoria*, incluyendo además la transmisión obligatoria a la parte reclamante de los argumentos, pruebas, documentos y hechos presentados por la contraparte, además de cualquier declaración realizada en el seno del procedimiento o informes y dictámenes de expertos; así como del resultado del procedimiento, con una exposición de las razones en que se funda, esto es, convenientemente motivado.

Si bien la Directiva ADRC muestra su preferencia por la gratuidad del procedimiento, es posible el establecimiento de costas, las cuáles en ningún caso podrán entrar en contradicción con el carácter *accesible, atractivo y asequible* que para los consumidores deben poseer estos mecanismos¹⁰¹. A este efecto, las costas no podrán superar una “*cuota*

⁹⁴ Artículo 9.2 a) de la Directiva ADRC. Excepción hecha del procedimiento arbitral, en el cuál las partes, una vez sometidas voluntariamente a éste (u obligatoriamente en ciertos supuestos en relación al comerciante), no pueden retirarse salvo acuerdo entre ellas. La Directiva ADRC no hace mención específica a esta situación por tratar cuestiones comunes a todos los sistemas de resolución alternativa, pero es consustancial a la naturaleza del arbitraje, como recoge la normativa interna de los Estados miembros.

⁹⁵ Artículos 9.2 a) y 9.3 de la Directiva ADRC.

⁹⁶ Considerando 40 y artículo 8 e) de la Directiva ADRC. Una vez recibidos todos los documentos necesarios para tramitar el procedimiento la entidad de resolución alternativa deberá informar de este extremo a las partes.

⁹⁷ La Directiva pone como ejemplo el supuesto en el que las partes no puedan participar en el procedimiento. *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. artículo 8 de la Directiva ADRC.

¹⁰⁰ Cfr. artículo 9 de la Directiva ADRC.

¹⁰¹ Considerando 41 de la Directiva ADRC. V.gr. la *American Arbitration Association* (AAA) establece una tarifa general de 300 \$ por cada procedimiento tramitado (*AAA dispute resolution board fees*). En el ámbito comercial internacional (*Commercial arbitration rules and mediation procedures*) la tarifa sube hasta los 800 \$ para reclamaciones por un valor de hasta 75.000 \$ (llegando a los 12.500 \$ en reclamaciones por valor superior a diez millones de dólares).

mínima” fijada por los Estados miembros. Considera PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ¹⁰² que en caso de que el sometimiento a procedimientos de resolución alternativa fuese obligatoria para el comerciante y alguna de las partes se retirase de éste una vez iniciado, los gastos que se hubiesen generado deberían ser abonados por las partes, lo que para este autor “[...] *no deja de ser un inconveniente o una cuestión de difícil solución, pues, al fin, aunque sea en este supuesto concreto, haría más gravoso el gasto de las partes, que verían cómo se encarece el proceso seguido para la resolución del conflicto de que se trate*”, pues al gasto de la fase extrajudicial debe añadirse el posterior en vía jurisdiccional.

Finalmente, la *justicia* del procedimiento se respeta cuando las partes están informadas de sus derechos y de las consecuencias de las elecciones que realicen en el seno del procedimiento de resolución alternativa¹⁰³. En concreto, las entidades de resolución alternativa deben informar de sus derechos a los consumidores antes de que acepten o actúen de acuerdo con la solución propuesta. También se respeta la justicia del procedimiento permitiendo a las partes presentar los datos y pruebas que estimen necesarios sin estar *físicamente presentes* en el procedimiento, lo que tiene una gran importancia en relación a los conflictos de consumo en el ámbito del turismo, como se destaca *infra*.

5.3. Requisitos de calidad para entidades de resolución alternativa y personas decisoras.

Por lo que se refiere a los *requisitos de calidad* exigidos por la Directiva ADRC respecto de las entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, en primer lugar se exige de éstas su *independencia* e *integridad*, entendiéndose como características fundamentales que permitan lograr un resultado *justo* y, como consecuencia de ello, obtener la confianza de los ciudadanos en el sistema¹⁰⁴. Tal independencia solamente puede alcanzarse cuando la entidad carezca de cualquier relación con aquéllos que pudieran tener algún interés en el resultado –consumidores o comerciantes– y cuando en la propia entidad no se manifieste ningún conflicto de intereses que eventualmente les pueda impedir adoptar una decisión de manera *justa, imparcial e independiente*. En segundo lugar, estas entidades deben ser *accesibles y transparentes*¹⁰⁵, y para alcanzar este objetivo es requisito esencial que reciban, de manera clara y accesible, la información necesaria para tomar decisiones con conocimiento de causa antes de iniciar los procedimientos de resolución alternativa¹⁰⁶. En tercer lugar, las entidades de resolución alternativa deben contar con los recursos personales, materiales y económicos *suficientes*, resultando indiferente, a estos efectos, si tales entidades se financian de forma pública, privada o mixta; o si la financiación privada proviene de organizaciones profesionales o de asociaciones empresariales¹⁰⁷. En cuarto y último lugar, y como un requisito cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento de los anteriores, las entidades de resolución alternativa deben ser objeto de un *estrecho*

¹⁰² PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El estatuto del mediador”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs.) *et al.*, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, 2015, pág. 144.

¹⁰³ Considerando 42 de la Directiva ADRC.

¹⁰⁴ Considerando 32 de la Directiva ADRC.

¹⁰⁵ Considerando 39 de la Directiva ADRC.

¹⁰⁶ Sin embargo, si la participación de los comerciantes en los procedimientos de resolución alternativa de conflictos fuese obligatoria conforme a los respectivos Ordenamientos Jurídicos internos no podrá exigírsele a éstos el suministro de dicha información. *Ibidem*.

¹⁰⁷ Considerando 46 de la Directiva ADRC.

*seguimiento*¹⁰⁸, para lo cual cada Estado miembro designará una autoridad –o autoridades– con competencia para realizar esta labor¹⁰⁹.

Para cumplir con el *principio de transparencia* proclamado por la Directiva ADRC, las entidades de resolución alternativa incluidas en las pertinentes *listas* deberán disponer de su propia página web¹¹⁰, que estará permanentemente actualizada, y en la cual los consumidores podrán consultar toda la información relevante acerca de los procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo¹¹¹, además de permitir presentar a los consumidores reclamaciones online junto con los documentos necesarios.

También sobre los comerciantes recaen determinadas obligaciones de información en materia de resolución alternativa de litigios, pero únicamente cuando se hayan comprometido a recurrir a estos mecanismos en materia de consumo o cuando la normativa interna del Estado miembro les obligue a ello¹¹². En tales casos deberán informar a los consumidores, a través de sus páginas web –si dispusiesen de éstas– y –si procediese– en las *condiciones generales de contratación*, acerca de la entidad o entidades de resolución alternativa que les den cobertura, incluyendo la dirección del sitio web de éstas últimas. El incumplimiento de estas obligaciones de información deberá ser sancionadas por los Estados miembros, los cuáles deberán adoptar igualmente todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución¹¹³.

La idoneidad de una persona –*árbitro, conciliador o mediador*– para participar eficazmente en un procedimiento de resolución de conflictos entre particulares es identificada por LÓPEZ-JURADO PUIG¹¹⁴ con su *autoridad moral*, la cual está integrada a su vez por la *competencia profesional* y la *integridad personal*. En este sentido, recuerda OROZCO PARDO que los mediadores no son “*defensores*” del consumidor, sino terceros “*neutrales, independientes e imparciales*”¹¹⁵, lo que resulta extensivo a todas las personas físicas que participan en los procedimientos de resolución de conflictos de consumo en el seno de una entidad de resolución alternativa. La Directiva ADRC coincide con este planteamiento, tomando como base el *Código de conducta europeo para mediadores*, elaborado por un grupo de expertos asistidos por la Comisión Europea y presentado en Bruselas el 2 de julio de 2004. Respecto de las personas decisoras la Directiva ADRC exige su *independencia e integridad*, y pretende lograrla recurriendo a un mecanismo común al previsto para las entidades de resolución alternativa en las que prestan sus servicios: independencia de aquellos que pudiesen tener algún interés en el conflicto y no estar incurso en *conflicto de intereses* en relación al objeto del litigio¹¹⁶. A ello se le une el requisito de la *imparcialidad*¹¹⁷, que se

¹⁰⁸ Considerando 55 de la Directiva ADRC.

¹⁰⁹ Además del fomento del intercambio de *mejores prácticas* y de la creación de *redes* de entidades de resolución alternativa de litigios. Cfr. artículo 16 de la Directiva ADRC. En el caso de España, estas actividades están atribuidas a la *Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición* (AECOSAN).

¹¹⁰ *Sitio de Internet* en la terminología utilizada por la Directiva ADRC. Cfr. artículo 5.2 a) Directiva ADRC.

¹¹¹ Información relacionada en el artículo 7 de la Directiva ADRC, y que deberá estar disponible igualmente en *soporte duradero* –v.gr. papel– o por cualquier otro medio que *consideren adecuado*. También deberán publicar los *informes anuales de actividad* (cfr. art. 7.1, 7.2 y 5.2 b) de la Directiva ADRC)

¹¹² Considerandos 47 y 48, y artículo 13 de la Directiva ADRC.

¹¹³ Estas sanciones serán en todo caso *eficaces, proporcionadas y disuasorias* (Considerando 56 y art. 21 de la Directiva ADRC).

¹¹⁴ LÓPEZ-JURADO PUIG, M., “La mediación como profesión, algo más que una técnica”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro...Op.cit.*, págs. 16 y ss.

¹¹⁵ OROZCO PARDO, G., “La mediación en los conflictos...Op.cit., pág. 688.

¹¹⁶ Considerando 32 de la Directiva ADRC.

¹¹⁷ Considerando 33 de la Directiva ADRC.

predica de aquéllas personas que no están sometidas a *presiones* que influyan potencialmente en su actitud hacia el litigio. Como técnicas concretas para garantizar tanto la independencia como la imparcialidad de las personas decisoras la Directiva ADRC exige que sean nombradas por un plazo *suficientemente prolongado*, no puedan ser relevadas de sus tareas sin causa justificada y que no reciban en ningún caso *instrucciones* de cualquiera de las partes o de sus representantes¹¹⁸. Por lo que se refiere a los eventuales conflictos de intereses, para garantizar que éstos no tienen lugar, se exige a las personas físicas que participan en la resolución de conflictos que revelen –tanto al inicio del procedimiento como en cualquier momento de su tramitación– aquellas circunstancias que pudiesen afectar a su independencia o imparcialidad, como *ov.gr.* el interés financiero directo o indirecto en la resolución del procedimiento, la relación personal o profesional con una o más de una de las partes durante los tres años anteriores a la asunción del cargo, o cualquier otra situación –distinta de la resolución alternativa de litigios– en la que haya actuado por cuenta de una o más de una de las partes o de la organización profesional o asociación empresarial de la que sea miembro alguna de las partes (u otro miembro de las mismas)¹¹⁹. Sin embargo, esta obligación no existirá cuando la entidad de resolución alternativa esté compuesta por una sola persona física¹²⁰. La obligación de revelar todas aquellas circunstancias que pueden suponer para la persona decisoria un conflicto de intereses decae, por tanto, en aquellos casos en los que no existe sustituto posible para aquélla.

Salvo en la situación excepcional que se acaba de señalar en relación a los órganos unipersonales, los Estados miembros deberán prever mecanismos de abstención y sustitución para todos aquellos supuestos en los que se comprometa la independencia e imparcialidad de las personas físicas encargadas de la resolución de los litigios. Será posible, incluso, que las personas decisoras incurso en conflicto de intereses continúen desempeñando sus funciones con la conformidad de las partes, siempre que éstas hayan sido informadas de las circunstancias que concurren en aquéllas y del derecho a presentar objeciones al respecto¹²¹.

La Directiva ADRC también se ocupa de la preparación intelectual de las personas decisoras. Ésta considera esencial para generar en los consumidores la confianza necesaria en los procedimientos de resolución alternativa que los mediadores posean los *conocimientos especializados necesarios*, incluida la *comprensión general del Derecho*. Por tanto, los mediadores no tienen la obligación de ser profesionales cualificados del Derecho, pero sí deben “[...] *poseer un conocimiento general suficiente en el ámbito jurídico que les permita comprender las implicaciones jurídicas del litigio*”¹²². Se diferencia en este punto del sistema español, que ha exigido desde hace ya algunos años el título de Licenciado en Derecho para poder ejercer como árbitro mediador en la fase pre-arbitral¹²³, y también de la normativa autonómica sectorial, que bascula entre la exigencia de titulación oficial de nivel universitario y la formación específica para mediadores. *Ad exemplum*, el Decreto gallego 159/2003, de 31 de enero, *por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita*; exige a los mediadores

¹¹⁸ *Vid.* también el artículo 6.1 letras *b)* y *c)* Directiva ADRC.

¹¹⁹ Considerando 34 de la Directiva ADRC.

¹²⁰ Artículo 6.1 *e)* de la Directiva ADRC.

¹²¹ *Cfr.* artículo 6.2 de la Directiva ADRC.

¹²² Considerando 36 y artículo 6.1 *a)* Directiva ADRC.

¹²³ *Cfr.* artículo 17 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Sin embargo, en el proyecto del Real Decreto también podían ejercer como mediadores de consumo en las Juntas Arbitrales aquellas personas que contasen con una experiencia mínima de tres años en el ámbito de la protección de los consumidores (art. 36.2), previsión que desapareció del texto definitivamente aprobado.

familiares que quieran ser habilitados para ejercer en esta Comunidad Autónoma el poseer una titulación oficial en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o en educación social; además de “[h]aber desarrollado, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación para la inscripción, actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar” y estar inscrito en el correspondiente colegio profesional (art. 3.2). Por el contrario, el Decreto 61/2011, de 13 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León*; opta por exigir una formación específica con una duración mínima de 290 horas (art. 3 y Anexo I). Parte de la doctrina se muestra en contra la flexibilidad de la Directiva ADRC en lo que atañe a la formación intelectual de las personas que participan en un procedimiento de resolución alternativa, como PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, para quien “[...] la formación [concretamente, de los mediadores] debe ser universitaria (y sin dificultad debe admitirse la que impartan los centros universitarios con acuerdos con los colegios profesionales) y específica, además de teórico práctica [...]”¹²⁴.

De forma excepcional, la Directiva ADRC permite a sus Estados miembros que los mecanismos de resolución alternativa de conflictos sean llevados a cabo por personas físicas contratadas por el comerciante o que reciban alguna retribución de éste¹²⁵. En tales supuestos queda comprometida la independencia de las personas decisoras, por lo que la Directiva advierte que los Estados miembros deberán establecer *requisitos específicos* que garanticen aquella, desarrollados en su artículo 6 apartados 3 y 4¹²⁶. En cualquier caso, la Directiva ADRC establece con carácter general que, en caso de que las personas físicas que participan en estos procedimientos reciban algún tipo de retribución –con independencia de su origen–, se hará de forma que no guarde relación con el resultado del procedimiento¹²⁷.

6. Las resolución online de conflictos de consumo. Especialidades respecto de la regulación general establecida en la Directiva ADRC.

¹²⁴ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El estatuto del mediador...*Op.cit.*, pág. 139. En este sentido, el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, *por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, regula en su Capítulo II todo lo relativo a la formación de los mediadores. Sobre la formación específica de los mediadores *vid.*, entre otros, TORRES CAZORLA, M^a I. y DIAGO DIAGO, M^a del P., “La formación de mediadores especializados en la resolución de litigios en la región del Mediterráneo: descriptores y capacidades”, en *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)*, GRASA HERNÁNDEZ, R., BLANC ALTEMIR, A. y DIAGO DIAGO, M^a del P. (Dirs.) *et al.*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, págs. 121 a 133.

¹²⁵ Considerando 35 de la Directiva ADRC.

¹²⁶ Estos requisitos específicos son los siguientes: a) nombramiento por un órgano colegiado compuesto por el mismo número de representantes de las organizaciones de consumidores y de comerciantes –cuya composición paritaria deberán vigilar los Estados miembros–, designados por un procedimiento *transparente*; b) por un mandato mínimo de tres años; c) con el compromiso, por parte de la persona física, de no trabajar para el comerciante (ni para una organización profesional o una asociación empresarial de la que sea miembro el comerciante) por un periodo de tres años posterior al término de su participación en el procedimiento de resolución del litigio; d) que la entidad de resolución alternativa no tenga ningún vínculo jerárquico o funcional con el comerciante, estando separada claramente de las *entidades operativas* del comerciante; y e) retribuidos con cargo a un presupuesto suficiente, independiente del presupuesto general del comerciante y específico (salvo en el caso de la letra a).

¹²⁷ Artículo 6.1 d) de la Directiva ADRC.

El Reglamento comunitario (UE) n° 524/2013, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*¹²⁸ (en adelante, Reglamento ODR)¹²⁹, tiene como objetivo la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea, que adopta la forma de un sitio de Internet –página web– y funciona a modo de *ventanilla única* para que los consumidores y comerciantes resuelvan extrajudicialmente litigios derivados de relaciones comerciales generadas en la Red. Esta plataforma entró en funcionamiento el 15 de febrero de 2016 con la denominación de *Online Dispute Resolution Platform* (en adelante, Plataforma ODR), la cuál se ubica en un portal web administrado por la Comisión Europea¹³⁰. Como se ha señalado *supra*, el Reglamento ODR debe considerarse conjuntamente con la Directiva ADRC, por lo que únicamente se van a exponer aquellas especialidades introducidas por el Reglamento ODR con respecto de aquélla.

Directiva ADRC y Reglamento ODR coinciden parcialmente en su ámbito objetivo de aplicación¹³¹, siendo el regulado por éste más reducido, pues únicamente es aplicable a los litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión Europea y un comerciante establecido en este territorio, quedando fuera, por tanto, los contratos celebrados presencialmente. Pero, y esto también ha sido adelantado ya, a diferencia de lo que ocurre en la Directiva ADRC, el Reglamento ODR admite los litigios iniciados por un comerciante frente a un consumidor, y no solamente los iniciados por éste frente a aquél. Al igual que sucede con la Directiva ADRC, el Reglamento ODR admite tanto los litigios internos –*nacionales*– como los transfronterizos. Y como ocurría en el ámbito de la ADRC, se establecen algunas previsiones que faciliten la resolución online de los litigios transnacionales, en este caso encargando a los *puntos de contacto* de resolución de litigios en línea ciertas funciones de ayuda a las partes¹³².

El Reglamento ODR no impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las entidades de resolución alternativa ofrezcan procedimientos de resolución online de

¹²⁸ El Reglamento (CE) n° 2006/2004, de 27 de octubre, es el relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (*Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores*), y la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril, es la relativa a las *acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*.

¹²⁹ Desarrollado por el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio, *sobre las modalidades para el ejercicio de funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo* (DOUE L 171, de 2 de julio de 2015).

¹³⁰ <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show>. La Plataforma ODR también está disponible, en un lugar destacado, en el portal web “*Tu Europa*”, creado de conformidad con el Anexo II de la Decisión 2004/387/CE, *relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos* (IDABC): http://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/consumers-dispute-resolution/out-of-court-procedures/index_en.htm

¹³¹ Artículo 2 del Reglamento ODR.

¹³² Artículo 7.2 del Reglamento ODR. Funciones de auxilio que pueden ampliarse a los litigios internos si así lo decidiesen los Estados miembros (*Cfr.* art. 7.4). En este sentido, cada Estado miembro debe nombrar un *punto de contacto* de resolución de litigios en línea, que estará publicado en la Plataforma ODR, y la Comisión Europea creará una *Red de puntos de contacto* que permita cooperar a los puntos de contacto nacionales y contribuir al desempeño de sus funciones (arts. 7.1, 7.5 y 7.6 del reglamento ODR). En España, el punto de contacto publicitado en la Plataforma ODR es la *Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición* (AECOSAN).

litigios en materia de consumo¹³³, y así sucede con España, que junto con Croacia, Luxemburgo, Polonia y Rumania, aún no cuentan con entidades registradas en la Plataforma ODR¹³⁴. Las entidades de resolución alternativa incluidas en la *lista* creada de conformidad con la Directiva ADRC y que sean competentes para resolver en línea litigios en materia de consumo se registrarán electrónicamente en la Plataforma ODR, de forma que los consumidores y comerciantes pueden conocerlas y acceder a sus servicios a través de ésta.

Como sucede con la Directiva ADRC, el Reglamento ODR tampoco establece el procedimiento de resolución online de litigios en materia de consumo, que deberá ser desarrollado por cada Estado miembro, pero sí prevé una serie de normas comunes aplicables a dichos procedimientos con el objetivo de garantizar su eficacia¹³⁵. La norma esencial fijada por el Reglamento ODR es que el procedimiento no exija la comparecencia de las partes o de sus representantes ante la entidad de resolución alternativa, salvo que sus normas contemplen tal posibilidad y las partes presten su consentimiento¹³⁶. De forma muy simplificada, el procedimiento se inicia cuando el reclamante hace uso del *formulario electrónico de reclamación* disponible en la Plataforma ODR. Esta reclamación será trasladada a la parte reclamada (en el idioma que haya elegido ésta¹³⁷), que en el plazo de diez días deberá aceptar o rechazar la intervención de la entidad de resolución alternativa (salvo que estuviese obligada a ello por el Derecho interno) o elegir otra de las entidades posibles (de existir tal posibilidad). Si la parte reclamada rechaza la intervención de entidades de resolución de litigios no será posible continuar con el procedimiento. Si acepta, se concederá un nuevo plazo de diez días para que la parte reclamante confirme la entidad de resolución alternativa propuesta. Un vez aceptada por las partes, la Plataforma ODR transmite automáticamente la reclamación a la entidad de resolución alternativa, la cuál informará a las partes sobre su aceptación o negativa a tramitar el litigio¹³⁸ (en el segundo caso se informará a la parte reclamante sobre la posibilidad de ponerse en contacto con un asesor de resolución de litigios en línea para obtener información sobre otras vías de recurso¹³⁹). La entidad de resolución

¹³³ Considerando 10 y artículo 2.4 del Reglamento ODR.

¹³⁴ Otros Estados miembros, como Alemania, tienen registradas en la Plataforma ODR más de una decena de entidades de resolución online de conflictos de consumo, como v.gr. la *Allgemeine Verbraucherschlichtungsstelle des Zentrums für Schlichtung e. V.* (Órgano General de Conciliación en las Relaciones de Consumo del Centro de Conciliación), el *Ombudsmann der Privaten Banken* (Mediador para los bancos privados), el *Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank* (Servicio de conciliación del Banco Federal Alemán) o el *Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft* (Servicio de conciliación del colegio de abogados).

¹³⁵ Considerando 22 y artículos 8 a 10 del Reglamento ODR.

¹³⁶ Artículo 10 b) del Reglamento ODR.

¹³⁷ El Reglamento ODR permite presentar reclamaciones en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea, para lo cual los formularios de reclamación deberán estar disponibles en todas estas lenguas. Además, la Plataforma ODR proporcionará a las partes y a la entidad de resolución alternativa la traducción de la información necesaria para la resolución del litigio (Cfr. arts. 5.2 y 5.4 e) del Reglamento ODR).

¹³⁸ En cualquier caso, si transcurridos treinta días desde la presentación del formulario de reclamación las partes no hubiesen llegado a un acuerdo sobre la entidad de resolución alternativa, o ésta se negara a conocer del litigio, se pondrá fin a la tramitación de la reclamación (art. 9.8 del Reglamento ODR).

¹³⁹ Como puede ser el *proceso europeo de escasa cuantía* (Reglamento (CE) n° 861/2007, por el que se crea un proceso europeo de escasa cuantía), cuya reclamación máxima asciende actualmente a 2.000 euros (si bien existe una propuesta de la Comisión Europea para elevarla hasta los 10.000 euros: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2013 por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) no 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (COM(2013) 749 final)-2013/0403 (COD)).

alternativa deberá concluir el procedimiento dentro del plazo de noventa días naturales que fija la Directiva ADRC.

El Reglamento ODR establece además una serie de obligaciones de información a cuenta de los comerciantes establecidos en la Unión Europea que celebren en línea contratos de compraventa o de prestación de servicios¹⁴⁰: deberán ofrecer en su página web un enlace a la Plataforma ODR e informar a los consumidores de su dirección de correo electrónico. Si se trata de comerciantes obligados o comprometidos a acudir a la vía de resolución alternativa de conflictos de consumo, deberán informar de la existencia de la Plataforma ODR (incluyendo el citado enlace y la dirección de e-mail) y la posibilidad de recurrir a ésta para solucionar sus litigios. También deberán informar a los consumidores de tales extremos en los *términos y condiciones generales* aplicables a los contratos realizados. La Plataforma ODR deberá elaborar periódicamente una serie de informes y estadísticas de uso, que por el momento no se encuentran disponibles en su sitio web.

Toda la información relativa a los litigios comunicada a la Plataforma ODR y entidades de resolución alternativa queda protegida tanto por la normativa europea sobre protección de datos personales¹⁴¹ como por la correspondiente a cada Estado miembro sobre la materia, debiendo ser borrada automáticamente en un plazo máximo de seis meses desde la conclusión del litigio. Finalmente, al igual que sucedía en la Directiva ADRC, se obliga a que los Estados miembros creen un régimen sancionador relativo a las infracciones de esta norma, debiendo adoptar, además, las medidas necesarias para garantizar su aplicación¹⁴².

7. La transposición de la Directiva ADRC al Ordenamiento Jurídico español. El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo de 17 de abril de 2015.

España ha incumplido el plazo de transposición de la Directiva ADRC, que finalizaba el 9 de julio de 2015. Con vistas a la incorporación de las previsiones de esta Directiva al Ordenamiento Jurídico español, el Gobierno elaboró el *Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo* (en adelante, Anteproyecto ADRC), de 17 de abril de 2015, cuya tramitación parlamentaria quedó interrumpida al finalizar la legislatura en la que fue presentada. Como señala ÁLVAREZ MORENO¹⁴³, se trata de un texto que parafrasea constantemente a la Directiva ADRC y que resuelve muy pocas de las cuestiones planteadas por ésta. Entre los escasos ejemplos en los que el Anteproyecto ADRC concreta cuestiones abiertas en la Directiva ADRC están las cuantías mínimas y máximas de las reclamaciones susceptibles de ser resueltas en un procedimiento de resolución alternativa. Así, las entidades de resolución alternativa únicamente podrán negarse a tramitar un conflicto “[e]n el supuesto de que el valor de la pretensión fuera inferior a 50 €o superior a 3.000 €”¹⁴⁴. Para las reclamaciones inferiores a 50 euros no le quedará más remedio al consumidor que acudir a las *Oficinas Municipales de Información al Consumidor* (OMIC’s)¹⁴⁵ o al Sistema Arbitral de

¹⁴⁰ Artículo 14 del Reglamento ODR.

¹⁴¹ Artículo 12 del Reglamento ODR.

¹⁴² Artículo 18 del Reglamento ODR.

¹⁴³ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Aproximación a la normativa...*Op.cit.*, pág. 18.

¹⁴⁴ Artículo 15.1 e) del Anteproyecto ADRC.

¹⁴⁵ Estos órganos están previstos con carácter general en las normas autonómicas sobre protección de consumidores y usuarios (v.gr. art. 21 de la LEY 13/2003, de 17 de diciembre, de *Defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía*). En relación a éstas, CATALÁN CHAMORRO echa en falta un

Consumo (incluida la mediación pre-arbitral), con las limitaciones que presentan estos órganos, especialmente en supuestos de litigios transfronterizos, convirtiéndose ambas vías en una suerte de sistema de *ADR residual*. Además, supone establecer cuantías mínimas inexistentes hasta el momento en sectores como el bancario o financiero, limitando la accesibilidad del consumidor a estas entidades con respecto al sistema vigente¹⁴⁶.

El Anteproyecto concreta igualmente el coste máximo que los procedimientos de resolución alternativa pueden tener para los consumidores: 30 euros¹⁴⁷. Esta cantidad ha sido duramente criticada por las principales asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios¹⁴⁸ así como por la propia doctrina, al considerar como una traba para el ejercicio de los derechos del consumidor el que sea éste quien deba sufragar el sistema de resolución de conflictos, máxime cuando el Anteproyecto guarda absoluto silencio en relación a la cantidad a la que debe hacer frente el comerciante por estos conceptos. Además, la posibilidad de imponer un precio para acceder al sistema rompe igualmente con la tradición española, que se ha caracterizado por la gratuidad. Para CATALÁN CHAMORRO, “[e]sta cifra podría ser considerada una cantidad simbólica para aquellos conflictos que superen los 1.000 euros pero no para aquellos cuya reclamación sea por valor de 60 euros”¹⁴⁹. En el segundo caso, la imposición de una tarifa de 30 euros por el servicio de resolución de conflictos vulneraría a todas luces el carácter *accesible, atractivo y asequible* para el consumidor que impone la Directiva ADRC en relación a estos mecanismos¹⁵⁰. Resulta necesaria una modulación del coste de la mediación/arbitraje en función del valor de la reclamación, de modo que esta cantidad no se convierta en un elemento desmotivador de la defensa de sus derechos por parte del consumidor. El recurso a entidades privadas de resolución de conflictos de consumo que cobran a los ciudadanos por sus servicios formaría parte de lo que GARCÍA MONTORO ha calificado como una “*privatización encubierta*” de los sistemas de resolución alternativa preexistentes¹⁵¹. Además, advierte esta autora que difícilmente habrá consumidores interesados en acudir a la mediación de pago existiendo entidades de acceso gratuito como las OMIC’s o las Juntas Arbitrales de Consumo¹⁵², al menos cuando se trate –añado– de litigios internos, entre residentes en el mismo Estado miembro, que no requieren de una infraestructura multilingüaje online de ámbito transnacional como las instauradas por la Directiva ADRC y el Reglamento ODR.

reconocimiento por parte del Anteproyecto (que omite cualquier referencia a las mismas), así como su articulación y coordinación con el nuevo sistema que se pretende implantar. CATALÁN CHAMORRO, M^a J., “Reflexiones críticas en torno al Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n^o 3, agosto, 2015, págs. 784 y 788.

¹⁴⁶ Así lo advierte BLANCO GARCÍA, A. I., “El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa conflictos de consumo y su encaje en el sector financiero”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n^o 15, 2015, pág. 99.

¹⁴⁷ Artículo 11 del Anteproyecto ADRC.

¹⁴⁸ *Vid. ad exemplum* “FACUA rechaza el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo”, 15 de julio de 2015, <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=9499>

¹⁴⁹ CATALÁN CHAMORRO, M^a J., “Reflexiones críticas en torno...*Op.cit.*”, pág. 789 y 788. Y es que, como señala esta autora, un noventa por ciento de los productos y servicios adquiridos a diario tienen un valor inferior a estos cincuenta euros.

¹⁵⁰ Considerando 41 de la Directiva ADRC.

¹⁵¹ GARCÍA MONTORO, L., ““Nuevo” modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de las mediación y otros mecanismos tradicionales”, en *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n^o 14, 2015, pág. 18.

¹⁵² *Idem*, pág. 16. En el mismo sentido, BLANCO GARCÍA, A. I., “El Anteproyecto de Ley...*Op.cit.*”, pág. 100.

El Anteproyecto ADRC tampoco fija un procedimiento concreto para la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, dejándolo a la concreción que del mismo hagan las diferentes entidades¹⁵³, siempre que cumplan con los requisitos de acreditación previstos en la norma y se respete el plazo máximo de resolución de los procedimientos, que es idéntico al previsto en la Directiva ADRC: 90 días naturales prorrogables por otros tantos en supuestos de “*especial complejidad del conflicto*”¹⁵⁴. Tampoco establece novedades esenciales en el sistema de autorización y selección de las entidades de resolución alternativa, cuya competencia se establece a favor de la *Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN)*¹⁵⁵, pero sí establece una importante limitación en relación a estas entidades, pues solamente aquéllas que hayan sido creadas por normas de rango legal o reglamentario para un sector o supuesto específico (v.gr. las Oficinas Municipales de Información al Consumidor y las Juntas Arbitrales de Consumo) podrán tramitar procedimientos que finalicen con una solución vinculante para los consumidores¹⁵⁶. *Sensu contrario*, aquellas entidades privadas que no tengan su origen en una disposición normativa únicamente podrán realizar procedimientos de mediación y conciliación. En cualquier caso, tanto unas como otras podrán establecer sus propios criterios de inadmisión, sin que el Anteproyecto realice ninguna concreción al respecto, más allá de la previsión contenida en la Directiva ADRC de que tales criterios “[...] *no menos[caben] de forma significativa el acceso de los consumidores a sus procedimientos de resolución alternativa de conflictos, incluso en el caso de conflictos transfronterizos*”¹⁵⁷.

Por otro lado, el Anteproyecto ADRC desarrolla la previsión contenida en el artículo 6 –apartados 3 y 4– de la Directiva ADRC, en el sentido de admitir entidades de resolución alternativa de conflictos en las que las personas decisoras estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante reclamado¹⁵⁸. Recuérdese cómo la Directiva ADRC exigía al Estado miembro la fijación de *requisitos específicos* en caso de aceptar esta situación. El Anteproyecto ADRC recoge todos los requisitos exigidos por la Directiva ADRC¹⁵⁹, añadiendo uno nuevo: solamente serán admisibles estas entidades en sectores en los que exista un *alto nivel de conflictividad y escasa adhesión empresarial*, pero sin aportar criterios que permitan identificar cuáles son estos sectores de actividad, por lo que deberá analizarse su cumplimiento en cada caso concreto en atención a este concepto jurídico indeterminado. Además, las decisiones adoptadas por estas entidades solamente serán vinculantes para el empresario reclamado, pero nunca para los consumidores (previsión ésta que tampoco estaba

¹⁵³ Lo que puede dar lugar a procedimientos diferentes de los tradicionales como el arbitraje o la mediación, creándose métodos *mixtos o híbridos*. CATALÁN CHAMORRO, M^a J., “Reflexiones críticas en torno...*Op.cit.*”, pág. 786.

¹⁵⁴ Artículo 16 del Anteproyecto ADRC.

¹⁵⁵ Y para el sector financiero serán competentes el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y la Dirección General de seguros y fondos de pensiones del Ministerio de Economía y Competitividad, cada uno de ellos respecto de las entidades sometidas a su supervisión. Artículo 27 del Anteproyecto ADRC.

¹⁵⁶ Artículo 17.3 del Anteproyecto ADRC.

¹⁵⁷ Artículo 15.2 del Anteproyecto ADRC.

¹⁵⁸ Artículos 17.4 y 26 del Anteproyecto ADRC.

¹⁵⁹ Esto es: presupuesto independiente y específico suficiente para el cumplimiento de sus funciones, inexistencia de vínculo jerárquico ni funcional entre la persona decisoria y el empresario, que la actividad de la persona decisoria esté *claramente separada* de las *entidades operativas* del empresario, nombradas por un órgano colegiado de composición paritaria de representantes de los intereses de los consumidores y empresariales; y por un mandato mínimo de tres años y compromiso de no trabajar para el empresario reclamado (ni formar parte de su Consejo de Administración) u organización profesional o asociación empresarial de la que sea miembro aquel por un plazo igual posterior al término de su mandato.

recogida en la Directiva ADRC). Sin embargo, y a pesar de recoger todas las previsiones de la Directiva ADRC y sumar dos nuevas que elevan el nivel de exigencia original, algunos autores consideran que no es suficiente para garantizar la independencia e imparcialidad de la persona encargada de resolver el conflicto entre consumidor y comerciante¹⁶⁰. Sin entrar a analizar la oportunidad y eficacia de las previsiones de la Directiva ADRC en orden a garantizar la independencia e imparcialidad de las personas decisoras vinculadas por una relación de servicio con la parte reclamada, lo que sí resulta evidente es que no puede exigirse a los Estados miembros que adopten en todo caso el papel de *correctores* de la legislación comunitaria (que en parte hace *motu proprio* el legislador español) en cuestiones tan novedosas y controvertidas como la presente.

Por lo que respecta a la generalidad de personas físicas que participan en los procedimientos de resolución alternativa, el Anteproyecto realiza una regulación común para todas éstas, sin fijar regímenes jurídicos específicos para árbitros, mediadores o conciliadores. En relación a los requisitos que deben cumplir éstos, el Anteproyecto ADRC tampoco establece novedades con respecto a la Directiva ADRC que desarrolla, salvo en lo relativo a su preparación intelectual. Si bien Anteproyecto y Directiva coinciden en no exigir a las personas decisoras una titulación específica, bastando con que éstas posean conocimientos *generales y suficientes* del Derecho (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los mediadores civiles y mercantiles regulados por el Real Decreto 980/2013, que deben acreditar una formación específica con una duración mínima de cien horas de docencia efectiva¹⁶¹), el Anteproyecto ADRC exige además que éstas posean *experiencia* en la resolución alternativa o judicial de conflictos de consumidores (v.gr. árbitros de las Juntas Arbitrales de Consumo, gestores de OMIC's o miembros del Poder Judicial)¹⁶², por lo que no podrán formar parte de las entidades de resolución alternativa acreditadas aquellas personas que no hayan pasado previamente por otros órganos de similar naturaleza. No se fija, sin embargo, la duración mínima de dicha experiencia.

El resto de previsiones del Anteproyecto ADRC (ámbito de aplicación, principios, requisitos y cuestiones generales de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos, procedimiento de acreditación de las entidades de resolución alternativa, estatuto de las personas encargadas de la decisión del conflicto, obligaciones de información y cooperación¹⁶³, etc.) coinciden con lo fijado en la Directiva ADRC, sin que existan novedades dignas de mención.

Para finalizar, resulta conveniente llamar la atención sobre algunas cuestiones no recogidas por el Anteproyecto ADRC (pues tampoco lo hizo la Directiva ADRC). En primer lugar, nada se dice acerca de dos importantes cuestiones previstas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*: la responsabilidad del mediador por los daños y perjuicios derivados de un incorrecto cumplimiento de sus obligaciones, aún por simple negligencia¹⁶⁴ (art. 14), y la necesidad de que los mediadores suscriban un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (art. 11.3), obligación de aseguramiento que alcanza a las

¹⁶⁰ BLANCO GARCÍA, A. I., "El Anteproyecto de Ley...*Op.cit.*", pág. 97.

¹⁶¹ Artículo 5 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, *por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

¹⁶² Artículo 22.1 b) del Anteproyecto ADRC.

¹⁶³ Cuyo incumplimiento tendrá la consideración de *infracción grave* en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y eventual normativa sectorial correspondiente (art. 36 del Anteproyecto ADRC).

¹⁶⁴ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., "El estatuto del mediador...*Op.cit.*", pág. 142.

entidades de mediación¹⁶⁵. De menor importancia sería el silencio relativo a la posibilidad de que el mediador solicite a las partes provisión de fondos a cuenta de sus honorarios profesionales, habida cuenta de que el Anteproyecto ADRC fija en 30 euros el coste máximo a sufragar por el consumidor (si bien nada dice, como se ha advertido, del conste que estos servicios pueden tener –en caso de tener alguno– para los comerciantes).

Tampoco incluye el Anteproyecto ADRC un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos (online), como hace la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Disposición Final Séptima, desarrollada por el Real Decreto 980/2013 en su Capítulo V), pero habida cuenta de la eficacia directa del Reglamento ODR, que por su rango normativo no necesita transposición al Derecho interno, tal previsión resulta innecesaria.

8. Reflexión final: utilidad para el ámbito turístico de los actuales mecanismos de mediación en materia de consumo. Algunas propuestas de mejora.

A día de hoy conviven en España dos vías de reclamación para que los turistas puedan defender su derechos como consumidores y solucionar sus conflictos con los comerciantes a través del mecanismo de la mediación. Una primera vía, que podría denominarse como *tradicional*, conformada por las OMIC's y la mediación pre-arbitral del Sistema Arbitral de Consumo. En relación a las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, pueden acceder a ella los turistas en defensa de sus derechos por tener la consideración de consumidores, utilizar la vía de la mediación pues las normas autonómicas que las regulan suelen guardar silencio respecto de los mecanismos concretos de defensa de los consumidores que pueden utilizar estos órganos, pero las normas municipales de creación incluyen generalmente a la mediación entre sus funciones¹⁶⁶; hacerlo de forma gratuita pues la generalidad de OMIC's no cobran ninguna cantidad al consumidor y sin límites mínimos respecto de la cuantía de la reclamación. En relación a la mediación pre-arbitral del Sistema Arbitral de Consumo, los turistas igualmente pueden acceder gratuitamente a esta vía, sin que tampoco exista un valor mínimo de las reclamaciones susceptibles de utilizar este mecanismo. Los problemas de esta vía *tradicional* de mediación en el ámbito turístico son comunes a los dos mecanismos expuestos: en ambos casos se trata de mecanismos presenciales, en los que deben coincidir físicamente turista y comerciante (junto con el tercero que haga las funciones de mediador), lo que casa mal con la naturaleza de *consumidor visitante* del turista. Además, estos sistemas suelen presentar limitaciones en el aspecto idiomático (imposibilidad de presentar reclamaciones en lenguas extranjeras, deficiencias en relación a la asistencia a turistas con idiomas “*minoritarios*”, acuerdos redactados únicamente en castellano, etc.), tan importantes cuando el turista no habla nuestro idioma. Se trata, pues, de una vía con una utilidad limitada en litigios transfronterizos, en los que turista y comerciante tienen su domicilio en países diferentes. Solamente el citado *arbitraje de consumo electrónico* previsto en el Real Decreto 980/2013 corrige la *presencialidad* de esta vía (aunque no mejora la cuestión idiomática), pero el escaso desarrollo de este mecanismo impide que actualmente pueda considerarse una vía eficaz para la solución de los problemas de los turistas. Además,

¹⁶⁵Ídem, pág. 143.

¹⁶⁶Vid. *ad exemplum* la Oficina Municipal de Información y Defensa del Consumidor del Ayuntamiento de Valencia (OMIDC), regulada por la Ordenanza reguladora de los servicios de consumo del Ayuntamiento del Valencia (BOP nº 154, de 1 de julio de 1993).

tampoco deja claro si en esta modalidad de arbitraje se incluye una fase de mediación previa, como ocurre en el Sistema de Arbitraje de Consumo *ordinario*.

La segunda vía, de origen comunitario, está conformada por la Directiva ADRC, el Reglamento ODR, y las normas que recepcionan a aquélla en los ordenamientos internos. Sus ventajas en relación a la solución de conflictos de consumo en el ámbito turístico son precisamente aquéllas características de las que carece la vía *tradicional*: la posibilidad que se brinda al turista para presentar la reclamación desde su lugar de residencia vía Internet, la posibilidad de que la mediación se haga sin presencia física de las partes o de sus representantes¹⁶⁷, y las facilidades para que el turista pueda participar en el procedimiento de mediación en su propio idioma (formularios de reclamación en todos los idiomas de la Unión Europea y sistema de traducción automática de las comunicaciones). En cualquier caso, debe tenerse presente que la vía instaurada por la Directiva ADRC y el Reglamento ODR solamente puede ser utilizada por ciudadanos y comerciantes con residencia en el territorio de la Unión Europea. Los turistas extracomunitarios no están protegidos por esta vía, por lo que no les quedará más remedio que acudir a la vía *tradicional*, con las limitaciones señaladas.

A pesar de las ventajas de esta nueva vía, también se han puesto de relieve algunas de sus carencias, originadas en la fase de transposición al Ordenamiento Jurídico español. Las principales son el establecimiento de un valor mínimo de la reclamación para poder acceder a la mediación (50 euros) y la posibilidad de que las entidades de resolución alternativa cobren a los consumidores una tarifa –máxima– de 30 euros por sus labores de mediación. El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo de 17 de abril de 2015 deja un margen de *abuso impune* por debajo de los 50 euros, respecto del cual los turistas tendrán que acudir necesariamente a la vía *tradicional* para resolver sus conflictos con los comerciantes. Además, la fijación de una tarifa máxima en concepto de contraprestación debida por los turistas a las entidades de resolución por sus servicios de mediación sin vinculación alguna con el valor de la reclamación es un elemento desincentivador de la defensa de los derechos de los consumidores, especialmente en las reclamaciones de menor cuantía. Resulta imprescindible, como se ha adelantado ya, eliminar las cuantías mínimas para que el turista pueda recurrir a las entidades que prestan el servicio de mediación, de forma que no existan espacios para la impunidad del comerciante, así como eliminar el coste de la mediación para el turista, que éste se comparta con el comerciante y, en defecto de estas dos propuestas, que se module en función del valor de la reclamación planteada.

Con carácter general, las nuevas vías de reclamación de los derechos del consumidor instauradas por la Directiva ADRC y el Reglamento ADRC merecen una valoración positiva¹⁶⁸, no siendo necesaria la creación de nuevas vías específicas para el sector turístico, como sugiere la propia Directiva ADRC al advertir que “[...] *no [se] debe obligar a los Estados miembros a crear en cada sector minorista una entidad de resolución alternativa específica*” (Considerando 24). Sin embargo, debido a la naturaleza *extraterritorial* de la

¹⁶⁷ Recuérdese que la Directiva ADRC (art. 20.2 f) permite que la mediación tenga lugar sin necesidad de la presencia física de las partes ante la entidad de resolución alternativa. En caso de que tal presencia física fuese requerida, deberá informarse puntualmente de ello a los consumidores en la *lista* de las entidades acreditadas de cada Estado miembro. En cuanto al procedimiento ODR, su propia naturaleza excluye la presencia física de las partes en el procedimiento.

¹⁶⁸ Y así lo han considerado los consumidores que ya han hecho uso de las mismas, tal y como pone de manifiesto los primeros sondeos realizados por las autoridades europeas: el 70 % de los usuarios del sistema se han mostrado satisfechos, frente al 45 % de consumidores satisfechos con la vía judicial. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La Resolución de conflictos internacionales...*Op.cit.*, pág. 96.

actividad turística, caracterizada por la referida condición de *consumidor visitante* del turista, el cuál reside generalmente en un lugar diferente al domicilio del vendedor de los productos y servicios turísticos, deben potenciarse aquellos sistemas no presenciales de solución de controversias, y no solamente en el supuesto de adquisiciones a través de Internet, tan habituales en el ámbito turístico (para lo que ya se cuenta con el sistema online creado por el Reglamento ODR), sino en cualquier supuesto en el que el consumidor sea un turista. Así, los Estados miembros deben exigir a las entidades de resolución alternativas que, en aquéllos supuestos en los que el consumidor sea un turista, no pueda obligarse a éste o a sus representantes a que comparezcan físicamente en el procedimiento de mediación, con independencia de si adquirieron los productos turísticos presencialmente o a través de Internet. Tal exigencia se puede materializar en la no autorización, por parte de la autoridad nacional competente, de aquellas entidades de resolución alternativa que obliguen a las partes o a sus representantes a estar presentes físicamente durante el procedimiento de mediación. Considero que es la mejor forma de garantizar un procedimiento de resolución de conflictos de consumo que resulte atractivo y eficaz para los turistas.

Fuera de estas estructuras *públicas* de resolución de conflictos de consumo (cuya naturaleza pública le viene dada por su regulación, pero no necesariamente por sus integrantes), existen algunas estructuras *privadas*, de las que se ha dado cuenta sucinta *supra*, y cuyas normas dependen exclusivamente de las entidades privadas que participan en ellas. Su utilidad para el turista es muy reducida pues reproducen las deficiencias de la vía *tradicional* de la mediación de consumo.

Deberían tomarse en consideración en el ámbito turístico algunos mecanismos ciertamente interesantes, como los *procesos de negociación automática* de pequeñas cantidades –*small claims*– en los que, a través de una plataforma online y sin intermediación humana, consumidor y comerciante van realizando ofertas “ciegas” de compensación económica por los perjuicios reclamados, de forma que cuando las ofertas de ambas partes llegan a una determinada relación porcentual, se establece el acuerdo de forma automática en la cantidad media de ambas ofertas¹⁶⁹. Si bien parece claro que no se trata de una verdadera mediación pues falta la figura del tercero imparcial¹⁷⁰, este mecanismo puede resultar muy útil para reclamaciones de escasa cuantía en supuestos como retrasos o cancelaciones parciales del viaje, daños en las pertenencias de los turistas, disconformidad en la calidad de los servicios recibidos, imprevistos gestionados incorrectamente por el comerciante, etc.

Finalmente, y atendiendo a la importancia que para la economía española representa la actividad turística, debería tomarse en consideración igualmente la conveniencia de que el legislador obligue a las empresas del sector a adherirse a los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, incluyendo a la mediación, tal y como sucede en algún sector¹⁷¹, ampliando de esta forma las vías de protección de los derechos de los consumidores turísticos frente a eventuales abusos de los comerciantes y, por ende, la confianza de aquéllos en el mercado turístico español.

¹⁶⁹ BARRAL VIÑALS, I., “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, Small Claims y plataformas interactivas”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 34, 2014, págs. 43 a 65.

¹⁷⁰ GARCÍA MONTORO, L., ““Nuevo” modelo de resolución alternativa...*Op.cit.*, pág. 24.

¹⁷¹ Como sucede, recuérdese, en el ámbito laboral (art. 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*) o como proponen, por ejemplo, desde algunas asociaciones del sector de la automoción: <http://www.nexotrans.com/noticia/39650/NEXOTRANS/Anfac-y-Aniacam-declaran-su-intencion-de-mantener-la-mediacion-obligatoria-en-el-Codigo-de-Buenas-Practicas.html>

9. Bibliografía.

- BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A. e Italia”, en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº correspondiente a 1998, págs. 55 a 88.

- BARRAL VIÑALS, I., “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, Small Claims y plataformas interactivas”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 34, 2014, págs. 43 a 65.

- BLANCO GARCÍA, A. I., “El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa conflictos de consumo y su encaje en el sector financiero”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 15, 2015, pág. 94 a 100.

- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dirs.) et al, Netbiblo, 2010, págs. 117 a 133.

- CATALÁN CHAMORRO, M^a J., “Reflexiones críticas en torno al Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, agosto, 2015, págs. 781 a 792.

- CORTÉS, P., “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 4, 2015, págs. 1 a 34.

- CREUTZFELDT, N., “Alternative dispute resolution for consumers”, en STÜRNER, M., GASCÓN INCHAUSTI, F. y CAPONI, R. (Edits.) et al., *The role of consumer ADR in the Administration of justice*, 2015, págs. 3 a 10.

- FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La Resolución de conflictos internacionales por vía extrajudicial en el ámbito del turismo”, en *El turismo y la experiencia del cliente: IX Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 21 y 22 de Junio de 2016*, JIMÉNEZ CABALLERO, J. L. (Coord.) et al., Vol. I, 2016, págs. 83 a 98.

- FRANCO CONFORTI, O. D., “Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos”, en *Diario La Ley*, nº 8.534, de 7 de mayo de 2015;

- GARCÍA GÉRBOLES, L. y MUESMANN, M., “El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho romano hasta la actualidad”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dirs.) et al, Netbiblo, 2010, págs. 23 a 34.

- GARCÍA MONTORO, L., ““Nuevo” modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de las mediación y otros mecanismos tradicionales”, en *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, nº 14, 2015, pág. 11 a 27.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 15, 2002, págs. 357 a 380.
- LANDETE CASAS, J., “Aspectos generales sobre la mediación y el mediador”, en la *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 2, mayo-agosto, 1999.
- LIEBERMAN, J. K. y HENRY, J. F., “Lessons from the Alternative Dispute Resolution movement” en *University of Chicago Law Review*, nº 53, Issue 2, 1986, págs. 424 a 239.
- LÓPEZ-JURADO PUIG, M., “La mediación como profesión, algo más que una técnica”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dirs.) et al., Netbiblo, 2010, págs. 3 a 22.
- MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, 1995.
- OROZCO PARDO, G., “La mediación en los conflictos de consumo”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.) et al., *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson, 2013, pág. 671 a 696.
- PARDO LOZANO, J. M^a, “La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil”, en la *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 14, diciembre, 2016, págs. 1 a 20.
- PÉREZ DAUDI, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, en *Diario La Ley*, nº 8.541, 18 de mayo de 2015.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El estatuto del mediador”, en OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs.) et al., *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, 2015, págs. 137 a 152.
- PINTOS SANTIAGO, J., “Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil”, en *Diario La Ley*, nº 8.278, 25 de marzo de 2014.
- RUIZ RICO Y RUIZ MORÓN, J., y OROZCO PARDO, G., “La mediación familiar en el Derecho español. Especial referencia a la Ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero”, en la *Revista Mediara. Mediación y arbitraje en Andalucía*, nº 1, 2012, págs. 1 a 17.
- SCANNICCHIO, N., “La conciliazione extragiudiziale italiana nell’esperienza dell’a.d.r. europeo”, en ESTEBAN DE LA ROSA, E. y OROZCO PARDO, G. (Dirs.) et al., *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 253 a 306.
- STROIE, I. R., “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el

Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, en *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n° 7, 2013, págs. 228 a 239.

- TORRES CAZORLA, M^a I. y DIAGO DIAGO, M^a del P., “La formación de mediadores especializados en la resolución de litigios en la región del Mediterráneo: descriptores y capacidades”, en *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)*, GRASA HERNÁNDEZ, R., BLANC ALTEMIR, A. y DIAGO DIAGO, M^a del P. (Dirs.) et al., Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, págs. 121 a 133.

- TORRES LANA, J. A., TUR FAUNDEZ, M^a N. y JANER, J. D., *La protección del turista como consumidor*, Tirant Lo Blanch, 2003.

- VVAA, *Entender el Turismo: Glosario básico*, Organización Internacional del Turismo (OIT/WTO), <http://media.unwto.org/es/content/entender-el-turismo-glosario-basico>

- VVAA, *Informe anual 2012 Familitur (Encuesta de Movimientos Turísticos de los Españoles)*, Instituto de Turismo de España, Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

- VVAA, *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo.